

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA NOTION DE TRAVAIL PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le 27 mai 1924 à 2 heures.

PAR

Marc NOEL

DOCTEUR EN DROIT ÈS-SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Président : M. F. LARNAUDE.

Assesseurs { **MM. ROLLAND.**
MESTRE.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (3^e ARR^t)

—
1924

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA NOTION
DE
TRAVAIL PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le 27 mai 1924 à 2 heures.

PAR

Marc NOEL

DOCTEUR EN DROIT ÈS-SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Président : M. F. LARNAUDE.

Assesseurs { MM. ROLLAND.
MESTRE.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1924

LA NOTION DE TRAVAIL PUBLIC

INTRODUCTION

SOMMAIRE

I. — *Importance en droit administratif de la matière des travaux publics :*

1. Importance générale des travaux publics. — 2. Objet propre du droit administratif. — 3. Historique général du développement des travaux publics. — 4. Possibilité d'exproprier pour l'accomplissement des travaux publics. — 5. Servitude d'extraction ou d'occupation temporaire. — 6. Contrats d'une nature spéciale pour les travaux publics. — 7. Compétence spéciale en matière de travaux publics.

II. — *Le caractère compréhensif de la notion de travail public :*

1. Extension de la compétence du Conseil de préfecture, même aux cas de dommages causés par le fait de l'administration. — 2. Compétence du Conseil de préfecture à propos des offres de concours. — 3. Compétence globale du Conseil de préfecture au cas où un marché de travail public contient également un marché de fournitures. — 4. Extension exceptionnelle de la compétence du Conseil de préfecture en cas de travail public exécuté partie dans un pays de protectorat et partie dans une colonie.

III. — *Qu'est-ce qu'un travail public ?*

1. Tous les travaux exécutés pour le compte d'une personne publique ne sont pas des travaux publics. — 2. Pas de définition légale de la notion de travail public. — 3. Intérêt qui résulte de cette lacune : le critérium va résulter des décisions de tribunaux de divers ordres.

IV. — *Sens du mot « travail public » :*

1. Signifie à la fois « ouvrage public » et « travail accompli pour « la construction, l'entretien et l'aménagement d'un ouvrage « public ».

V. — *Travail public toujours immobilier :*

1. Cet élément du critérium se dégage des textes eux-mêmes des diverses lois relatives aux travaux publics. — 2. C'est un des caractères les plus nets de la différence entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. — 3. Question des marchés relatifs à l'exploitation du travail des détenus dans les prisons. — 4. Question des entreprises de pompes funèbres. — 5. Idée générale : travaux publics sont accomplis sur un immeuble : a) pour le compte d'une personne publique ; b) en vue d'un certain objet d'utilité publique.

I

1. — La matière des travaux publics est une des plus importantes du droit administratif. On se rend compte, en effet, que l'on ne peut soumettre aux règles ordinaires du droit privé les travaux exécutés par les diverses personnes publiques dans l'intérêt de la collectivité. Soit que l'Etat élève des palais pour les arts ou pour les services publics, qu'il ouvre ou perfectionne les voies de communication terrestres ou fluviales, soit que le gouvernement ou les administrations locales créent des instruments d'éducation, d'assistance ou de répression, en édifiant des écoles, des hôpitaux, des hospices et des prisons, soit enfin qu'ils pourvoient sur toute la surface du territoire à l'établissement de nombreux édifices destinés à répondre aux besoins variés des populations, ils accomplissent des actes

qui, généralement, exercent une influence sensible sur la prospérité publique et sur le bien-être particulier, qui se différencient donc d'une manière complète des actes que peuvent accomplir les simples individus.

2. — Or, le droit administratif a précisément pour essence de régler l'activité des divers organes de l'Etat qui sont chargés d'accomplir des actes destinés à satisfaire aux besoins de la collectivité (1). C'est lui qui organise les services publics, qui en dirige le fonctionnement. Il donne souvent aux administrations le pouvoir d'imposer des charges aux administrés en vue du bien-être de tous. Il place les gouvernants dans une situation privilégiée vis-à-vis des gouvernés, mais en même temps, il impose aux premiers l'obligation de ne se servir de leurs privilèges qu'en vue de satisfaire aux besoins collectifs des divers membres de la nation. Il édicte des sanctions aussi bien contre les simples particuliers qui voudraient entraver l'action de l'administration, que contre l'administration qui abuserait de sa puissance. Il organise des tribunaux spéciaux plus aptes que les tribunaux judiciaires à comprendre les nécessités de la vie publique. En un mot, c'est le droit administratif qui règle l'activité des organes qui sont chargés, sous l'impulsion législative et gouvernementale, de satisfaire aux besoins d'utilité générale, d'assurer le fonctionnement des services publics.

(1) Il règle aussi parfois, mais exceptionnellement, comme nous le verrons, l'activité des personnes privées collaborant à la satisfaction de besoins collectifs. V. page 55 et suiv.

3. — Les travaux publics, qui ont pour fin de servir à la collectivité, devaient naturellement avoir une place de premier plan parmi les têtes de chapitre du droit administratif. Ils n'y ont pas manqué. Dans tous les pays, de tout temps, des règles nombreuses ont été édictées pour faciliter leur accomplissement. Quand, au moyen âge, les rois de France reconstituèrent leur autorité, ils commencèrent par ouvrir de grands chemins qui formèrent une partie du domaine royal et entrèrent dans le droit régalien. Toute une administration s'organisa pour leur création et pour leur entretien. Une ordonnance du Roi Charles V, au xiv^e siècle, disait déjà en propres termes : « Nos ingénieurs des ponts et chaussées ». On impose aux particuliers des obligations multiples. Dès le règne de Louis XI, un édit de 1471 déclare les propriétaires de terrains renfermant des mines métallurgiques assujettis à les laisser exploiter, selon les règles de l'art, par des entrepreneurs autorisés à cet effet par le Grand Maître des mines (1).

Plus l'autorité royale se raffermait, plus les travaux publics se développent et plus la législation s'enrichit de prescriptions destinées à les faciliter. La Renaissance fait surgir des palais dont la beauté sert encore aujourd'hui à la formation du goût national. Les routes se multiplient, les marais se dessèchent. On creuse des canaux et on élève des fortifications.

Et quand la Révolution eut fait passer la souveraineté aux mains de la nation, les travaux publics continuèrent

(1) V. Duclos, *Essai sur les ponts et chaussées, la voirie et les corvées*, 1753, p. 403 et Dutens, *Histoire de la navigation*, t. I, p. 81 et s.

à bénéficier d'une législation propre devenant chaque jour plus touffue, tant il est vrai que sous le régime de la monarchie de droit divin comme sous celui de la souveraineté nationale, le principe étatique est toujours que le pouvoir n'est confié au titulaire de la souveraineté qu'en vue du bien public, qu'il n'a rien d'arbitraire.

De même aujourd'hui, l'administration, pour la confection des grands travaux d'utilité publique, jouit, dans notre droit administratif actuel, d'un ensemble de privilèges nombreux et imposants.

4. — Le principal de ces privilèges est la faculté de priver un individu de sa propriété, moyennant une indemnité ; c'est l'expropriation pour cause d'utilité publique. Si, pour accomplir un travail public, il est nécessaire de s'emparer de la propriété d'un individu, on pourra passer outre à la résistance de cet individu et l'exproprier pour cause d'utilité publique (1).

5. — De même lorsqu'il s'agira d'édifier, d'entretenir, de conserver un ouvrage public, ou de faire fonctionner le service auquel cet ouvrage sera affecté, des servitudes

(1) L'expropriation pour cause d'utilité publique est en effet une partie de l'opération de travaux publics. Pour M. Hauriou (*Droit administratif*, 10^e édit., p. 694) depuis qu'en 1810 le contentieux du transfert de propriété a été attribué aux tribunaux judiciaires, l'expropriation doit être séparée de l'opération de travaux publics. Nous croyons que malgré cela on ne peut sans en méconnaître la physiologie faire sortir l'expropriation de l'opération des travaux publics parce qu'en principe, directe ou par zone, l'expropriation a toujours pour fin la création d'un ouvrage public. C'est donc un procédé d'exécution des travaux publics.

diverses pourront être imposées aux particuliers. Il sera peut-être nécessaire d'occuper temporairement un terrain privé, d'extraire d'une propriété particulière des matériaux tels que du sable, des cailloux, de la chaux, etc... Ou bien on imposera aux individus une servitude de ne pas bâtir dans une zone déterminée autour d'un ouvrage public d'une certaine importance, d'une forteresse par exemple.

6. — Quand il s'agit d'accomplir un travail public, les diverses personnes publiques passent des contrats. Elles peuvent entreprendre elles-mêmes le travail, c'est l'exécution en régie ; elles peuvent aussi confier l'exécution des travaux à un particulier ou à une compagnie, soit par le procédé de l'entreprise, soit par celui de la concession. Des lois sont intervenues pour réglementer ces divers modes d'exécution des travaux publics.

7. — Cette exécution n'ira pas toujours sans difficultés. Des conflits s'élèveront entre l'administration et les individus, entre les entrepreneurs ou les concessionnaires et l'administration, entre les entrepreneurs ou les concessionnaires et les particuliers.

Pour trancher ces conflits, des textes ont attribué compétence à des juridictions diverses. S'agira-t-il d'une expropriation directe ou indirecte, c'est-à-dire entraînant une privation permanente de la propriété de l'individu, ce seront, en vertu de la loi du 3 mai 1841, les tribunaux judiciaires qui seront compétents. S'agira-t-il d'une question d'exécution d'un contrat d'entreprise ou de concession de travaux publics, soulevée entre l'administration

d'une part, et l'entrepreneur ou le concessionnaire d'autre part, faudra-t-il statuer sur un dommage causé par une opération de travaux publics, dommage quelconque, à la personne ou aux biens, mais n'entraînant pas une privation permanente de la propriété d'un immeuble privé ; ce seront les tribunaux administratifs qui interviendront au contraire.

Mais ce ne sera pas le juge administratif de droit commun, le Conseil d'Etat, qui sera compétent en cette matière, ce sera le Conseil de préfecture, le Conseil d'Etat n'intervenant qu'en appel.

La loi du 28 pluviôse an VIII dispose, en effet, dans son art. 4 : « Le Conseil de préfecture prononcera... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant « le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ; sur « les réclamations des particuliers qui se plaindront de « torts et dommages procédant du fait personnel des « entrepreneurs et non du fait de l'administration ; ... sur « les demandes et contestations concernant les indemnités « dues aux particuliers, à raison des terrains, pris ou « fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres « ouvrages publics ». Cet article a été pris à peu près textuellement dans une loi antérieure du 7 septembre 1790 qui attribuait la connaissance de ces mêmes contestations aux directoires de districts et aux directoires de département. Déjà, sous l'ancien régime, les conflits qui pouvaient surgir à l'occasion d'opérations de travaux publics étaient soustraits à la compétence des juridictions ordinaires et soumis à la connaissance des intendants.

II

1. — On a pu remarquer, à la lecture de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qu'une distinction était faite entre le cas où des particuliers se plaindraient de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et celui où les dommages auraient été causés par le fait de l'administration elle-même. A lire ce texte, il semble que la compétence des Conseils de préfecture soit réservée au premier cas, et qu'elle soit écartée pour les dommages causés par le fait de l'administration. Néanmoins, la jurisprudence a interprété cette disposition comme réservant la connaissance des litiges dans les deux cas au Conseil de préfecture. Le Conseil d'Etat a décidé que le texte de l'article 4 sous-entendait par *a fortiori* que les Conseils étaient compétents, même au cas de fait de l'administration. « Considérant, dit un arrêt de 1856, que l'autorité administrative seule compétente aux termes de la loi de l'an VIII pour statuer sur les réclamations des particuliers qui se plaignent de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, est à plus forte raison compétente pour connaître des réclamations auxquelles le fait même des administrations donnerait naissance ... » (1).

2. — On voit déjà ici le caractère extrêmement compréhensif de la notion de travail public. Il en est de même encore pour la compétence au sujet des offres de concours

(1) 19 janvier 1856, *Tonnelier*, L. p. 434.

que des particuliers peuvent faire à l'administration pour la confection de travaux publics. Quelques décisions avaient reconnu en cette matière la compétence des tribunaux judiciaires (1). Les tribunaux administratifs, et le tribunal des conflits, décidant qu'il s'agissait de contrats administratifs faits en vue d'exécution de travaux publics, maintenaient au contraire la compétence des Conseils de préfecture (2). Bientôt, la Cour de cassation, rétablissant l'harmonie entre les doctrines des deux ordres de juridiction, admettait à son tour la compétence des Conseils de préfecture (3).

Le travail public a donc une vertu telle que tous les actes juridiques s'y rapportant vont être soumis à la juridiction des Conseils de préfecture, à moins, évidemment, qu'un texte spécial n'en ait décidé autrement d'une manière expresse.

3. — Mais cela est surtout remarquable dans les hypothèses extrêmement nombreuses où le marché passé par l'administration avec un entrepreneur pour l'accomplissement d'un travail public comprend également un marché de fournitures. Cela est très fréquent. Tantôt le marché de fournitures sera le principal élément du contrat ; c'est, par exemple, une Société d'éclairage au gaz qui s'engage

(1) Lyon, 4 juin 1857, aff. *Ville de Roanne*, D. P. 58. 2. 47. — Rouen, 21 août 1867, aff. *Saugrain*, D. P. 67. 5. 86.

(2) C. d'Etat, 21 mai 1867, aff. *Audibert*, D. P. 1872. 5. 451. — Trib. conf. 16 mai 1874, aff. *Dubois*.

(3) Civ. cass. 19 mars 1884. 3^e esp., aff. *comm. de Vias*, D. P. 84. 1. 281.

à fournir aux habitants d'une commune le gaz qui leur est nécessaire, et qui s'engage pour cela à établir des ouvrages publics, à poser des canalisations dans le sous-sol de la voie publique, des appareils destinés à l'usage public. Tantôt, au contraire, ce sera le marché de fournitures qui sera l'accessoire d'un marché de travail public. C'est le cas où un individu s'engage à édifier une statue sur une place publique et à fournir les matériaux nécessaires à ce travail.

Or, on sait que pour les marchés de fournitures, le Conseil de préfecture n'est jamais compétent. Un décret du 11 juin 1806, art. 14, attribue compétence au Conseil d'Etat pour ceux qui sont passés par l'Etat et les colonies. Ceux des départements, des communes et des établissements publics sont, au contraire, assimilés à des contrats de droit privé et soumis à la compétence des tribunaux judiciaires (1).

Il semblerait assez logique, selon que le litige qui serait soulevé se rapporterait à la fourniture ou au travail, de le soumettre à la compétence du Conseil de préfecture ou à celle des tribunaux judiciaires ou du Conseil d'Etat. Mais il peut également sembler choquant de soumettre des litiges provoqués à l'occasion du même contrat, à des juridictions distinctes. Des auteurs ont demandé, pour résoudre le problème, que l'on considérât le contrat tout entier comme un marché de fournitures ou comme un

(1) V. C. d'Etat, 17 juil. 1896, *Clouzard*, 11 mars 1898, *Lagauche* et notamment 31 juil. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, avec les conclusions de M. Blum, Leb., p. 912.

marché de travaux publics, selon que l'élément travail public ou que l'élément fourniture y serait l'accessoire de l'autre. Ce serait en droit administratif, pour régler la répartition des compétences, une application de la règle *accessorium sequitur principale*. C'était l'opinion de nombreux auteurs (1).

Ce ne fut pas la solution adoptée par la jurisprudence, soucieuse d'étendre encore sur ce point la compétence des Conseils de préfecture.

On peut poser en règle générale que, dans tous les cas, elle admet la compétence de cette juridiction d'exception, donnant à l'élément travail public contenu dans un marché une compréhension telle que tout le contrat se trouve soumis au Conseil de préfecture. Elle le fit tout naturellement pour les marchés où la fourniture n'était que l'accessoire du travail public, décidant par exemple que le contrat relatif à la pose et à l'entretien de tentes-abris pendant la durée d'une exposition est tout entier soumis aux règles des marchés de travaux publics, même alors que l'entrepreneur devait reprendre à la clôture de l'exposition tous les matériaux fournis par lui (2).

Mais même dans les cas où le marché de travail public n'était qu'un des éléments secondaires du contrat, comme dans l'hypothèse d'une fourniture d'éclairage au gaz envisagée ci-dessus, le Conseil d'Etat, le Tribunal des conflits

(1) Aucoc, *Conférences*, t. 2, p. 409-414. — Bathie, *Droit administratif*, t. 7, p. 249 et 250. — Christophle et Auger, *Travaux publics*, t. 1, n° 45, p. 28. — Perriquet, *Travaux publics*, t. 1, n° 2.

(2) C. d'Etat, 30 juin 1893, aff. *Cauvin-Yvose*, D. P. 94. 3. 61.

et, après eux, la Cour de cassation, admirent la compétence des Conseils de préfecture (1).

Cette jurisprudence a été critiquée par quelques auteurs. MM. Christophle et Auger (2) disent que « tout au moins « faudrait-il admettre qu'après l'exécution des travaux du « premier établissement, et alors que, la canalisation « principale étant terminée, il n'y a plus à faire que des « travaux peu considérables pour l'entretien de cette « canalisation ou l'adjonction de quelques branchements, « le travail public cesse d'être l'objet principal du con- « trat ». Il faut noter d'ailleurs que jamais, quelle que soit l'importance des canalisations à établir, elles ne sont en pareille matière l'objet *principal* du contrat, n'étant que des conditions de la fourniture qui, elle, constitue cet objet principal. Malgré ces critiques, la jurisprudence est fermement établie (3). Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels et où le travail public peut être nettement

(1) En ce sens, C. d'Etat, 15 février 1848, aff. *Compagnie du gaz de Saint-Etienne*, Rec. p. 85; 27 mars 1856, aff. *Ville de Grenoble*, D. P. 56. 3. 51; 14 novembre 1879, aff. *Compagnie du gaz d'Arles*, D. P. 80. 3. 30. — Conflits, 16 décembre 1876, aff. *Ville de Lyon*, D. P. 77. 3. 57. — Civ. cass. 2 mars 1880, *Compagnie l'Union des gaz*, D. P. 80. 1. 230. — Req. 8 août 1883, *Compagnie d'éclairage de la ville de Tours*, D. P. 84. 1. 81.

(2) *Op. cit.*, t. I, n° 46, p. 29.

(3) On sait d'ailleurs que les contestations entre les concessionnaires de l'éclairage au gaz et les particuliers sur l'application des tarifs contenus dans le cahier des charges ne se rattachent pas à un marché de travaux publics et sont de la compétence judiciaire (C. d'Et., 14 nov. 1879, *Compagnie du gaz d'Arles*, D. P. 80. 3. 30. — Cass. req. 19 juil. 1920 et 4 mai 1921, S. 1922. 1. 55 et la note de M. Mestre.

considéré comme négligeable que le Conseil d'Etat soustrait le marché à la compétence des Conseils de préfecture. C'est l'hypothèse de la pose d'une horloge sur un édifice public ; dans cette espèce, le Conseil d'Etat décide que l'élément de travail public n'est pas suffisant pour que le contentieux du marché soit soumis au Conseil de préfecture (1).

4. — Cette vertu compréhensive de la notion de travail public, qui fait invinciblement songer à la théorie de l'infection hostile dans le droit de la guerre maritime, a même été jusqu'à faire échec à la territorialité de la compétence des Conseils de préfecture dans un cas, il est vrai, tout à fait exceptionnel. Le Conseil d'Etat décide en général que leur juridiction ne peut, parce qu'elle est territoriale, s'appliquer aux travaux publics exécutés dans un pays de protectorat par un service public de l'Etat protecteur et dans l'intérêt de celui-ci (2). Il décide pour la même raison que les travaux publics échappent à leur compétence quand ils sont exécutés pour le compte de l'Etat à l'étranger, ou même sur un territoire qui a été cédé à une puissance étrangère postérieurement à l'exécution des travaux (3). Néanmoins, le Conseil d'Etat, par une décision qui semble inspirée de principes de Droit international fort contestables, a-t-il déclaré que c'était le Conseil de préfecture qui était compétent pour statuer sur

(1) C. d'Etat 3 janv. 1873, aff. de *Champagnole*, D. P. 73. 3. 55.

(2) 21 déc. 1888, aff. *héritiers Péri*, D. P. 90. 3. 13.

(3) 21 mai 1880, *Vitalis*, D. P. 81. 3. 3 ; 9 avril 1873, *Rémi de Montigny*, D. P. 81. 3. 3 ; 8 mai 1878, *Stchelin*, D. P. 78. 3. 92.

un litige entre l'administration et l'entrepreneur de la construction d'une route située en partie sur le territoire d'un département algérien et en partie en Tunisie, *même en ce qui concernait la portion de route située en pays de protectorat, c'est-à-dire en pays étranger*. Il a motivé sa décision par cette constatation que le marché avait fait l'objet d'un seul cahier des charges et avait été approuvé par un représentant de l'autorité militaire en Algérie, qui avait seul le droit d'en prononcer la résiliation, et qu'il formait, dès lors, pour la route entière, un tout indivisible dont la connaissance ne pouvait relever que d'une seule juridiction (1).

III

1. — On voit ainsi par les développements qui précèdent et les notions générales qui viennent d'être rappelées, toute l'importance que la législation et la jurisprudence donnent aux travaux publics. Qu'est-ce donc qu'un travail public ? Car on se rend bien compte que tous les travaux exécutés pour le compte d'une personne publique ne sont pas des travaux publics. Sans vouloir reprendre la distinction aujourd'hui abandonnée par la jurisprudence de la puissance publique et de la gestion privée, distinction dont l'intérêt, pour n'être plus qu'historique, n'en est pas moins très grand eu égard aux services qu'elle a rendus au cours du XIX^e siècle dans l'élaboration des règles de compétence, on peut dire qu'il y a des travaux accomplis

(1) V. Cons. d'Etat, 11 juillet 1890, aff. *Gauro*, D. P. 92. 3. 21.

par des personnes morales de droit public dans leur intérêt privé, qui n'intéressent en rien ou que de très loin l'utilité générale, qui, en un mot, sont des travaux privés. Tel est par exemple le travail d'irrigation d'une prairie, appartenant à une commune, qui ne sert ni à un service public ni à l'usage du public et qui est exploitée comme elle pourrait l'être par un simple particulier (1).

On voit du même coup qu'il importe d'établir la distinction entre les travaux publics et les travaux privés d'une personne publique, puisque les premiers jouissent d'une situation particulière et sont soumis à un contentieux administratif spécial, tandis que les autres n'ont aucune situation privilégiée, et comme les travaux des particuliers, sont soumis au contentieux judiciaire.

2. — Or, il est extrêmement curieux de constater que le législateur qui a donné aux travaux publics l'importance que nous avons constatée tout à l'heure, n'en a nulle part donné la définition. Nous trouvons bien des lois assez nombreuses assimilant à des travaux publics certains travaux qui, sans elles, eussent été, malgré leur utilité générale, considérés comme des travaux privés ; il en est ainsi de la loi des 21-26 juin 1865 sur les travaux des associations syndicales de propriétaires autorisées ou forcées, de la loi des 28 juillet-7 août 1860 pour le reboisement des terrains de montagnes exigé dans un intérêt public. Mais ces textes étant des textes d'exception, ne nous donnent pas la définition des conditions nécessaires

(1) V. Cass. civ., 15 avril 1872, *Commune de Saint-Pierre d'Albigny*, D. P. 72. 1. 171.

pour qu'un travail soit un travail public et ne nous apportent qu'un élément d'induction pour établir ce critérium. Cette absence de définition légale constitue dans notre législation une lacune qui a été souvent vivement critiquée (1).

Nous ne sommes pas convaincus du fondement de cette critique. En faisant confiance aux juridictions des divers ordres, le législateur s'est sagement rendu compte du danger qu'il y aurait à édicter un critérium dont les cadres nécessairement un peu rigides eussent pu gêner les adaptations et les évolutions qui sont plus nécessaires encore que partout ailleurs en droit administratif, où il faut tenir compte avant tout des exigences changeantes de l'utilité publique. Un critérium jurisprudentiel est chose beaucoup plus souple et cet avantage l'emporte de très loin sur le défaut de précision que l'on peut lui reprocher. Si nous avons un reproche à faire au législateur, ce serait peut-être au contraire de n'avoir pas observé en quelques occasions la réserve qu'il a gardée à propos des travaux publics.

Le législateur lui-même a rendu hommage à la façon dont la jurisprudence a dégagé le critérium du travail public et, dans son rapport au Sénat sur la loi du 23 juillet 1891 sur l'extension à tous les travaux publics du décret du 26 pluviôse an II, M. Bozérian s'exprimait en ces termes : « La jurisprudence a dû combler cette lacune législative (2)

(1) V. notamment Legros, Formation et résolution des marchés de travaux publics, *thèse Paris*, 1912, p. 1.

(2) *J. Off.* du 16 sept. 1891, Sénat annexes, p. 186.

« et elle l'a effectivement comblée, grâce aux décisions
« nombreuses rendues depuis le commencement du siècle
« par les tribunaux civils ou administratifs. Aujourd'hui,
« l'on peut dire que les travaux publics sont ceux qui
« ont été déclarés tels par une loi, ou reconnus tels par
« la jurisprudence. Cette jurisprudence est faite et les
« espèces nouvelles, s'il s'en présente, ne donneront lieu
« qu'à de rares difficultés ».

3. — On voit, dès lors, tout l'intérêt qui s'attache à la détermination du critérium de la notion de travail public. C'est toute une jurisprudence qu'il nous va falloir examiner; et, comme il s'agit d'une question de compétence, c'est à la fois des décisions des juridictions administratives et de celles des tribunaux judiciaires que nous dégagerons ce critérium. Nous verrons les audaces des uns et les résistances des autres; nous serons quelquefois surpris de constater que les moins audacieux « ne sont pas ceux qu'on pense ». Nous verrons le critérium se modifier et s'adapter aux circonstances; enfin nous saisirons sur le vif les principes mêmes du droit administratif.

De quoi s'agit-il en effet? de déterminer quand les règles du droit administratif qui sont spéciales aux travaux publics, vont s'appliquer. Puisque le législateur n'en a rien dit, il faut en revenir aux principes généraux qui posent les conditions d'application du droit administratif lui-même et qui découlent de la mission de celui-ci. C'est ce que nous verrons au cours de cette étude.

IV

1. — Mais avant d'analyser les éléments mêmes de notre définition du travail public, nous voudrions préciser un point de terminologie. Nous entendons le mot « travail public » dans son sens le plus large, c'est-à-dire tant au sens d'ouvrage public, que de travail accompli en vue de la confection ou de l'entretien d'un ouvrage public. Ainsi que l'a fait remarquer, en effet, M. Hauriou (1), « il y a lieu de distinguer dans la matière des travaux publics deux éléments : l'opération de travaux publics avec ses diverses procédures d'exécution (expropriation, adjudication, marché de travaux, concession, etc...) et le résultat de cette opération, qui est l'ouvrage public. En effet, les conséquences des travaux publics se rattachent, les unes à l'opération, les autres à l'existence même de l'ouvrage : les offres de concours, les réquisitions d'occupation temporaire sont des incidents de l'opération proprement dite ; les marchés ou les concessions de travaux publics sont des modes d'exécution de l'opération ; au contraire, les dommages occasionnés par les travaux aux personnes et aux propriétés tendent, de plus en plus, à se rattacher directement à l'ouvrage public.

« Mais si, pour la commodité de l'exposition, les deux éléments de l'opération et de l'ouvrage peuvent être séparés, il ne faut pas oublier cependant qu'ils font partie d'une même matière, les travaux publics, et que

(1) *Précis de Droit administratif*, 10^e édit., p. 719.

« toute cette matière donne lieu à un contentieux global, « de la compétence du Conseil de préfecture en premier ressort, du Conseil d'Etat en appel ».

Au cours de cet ouvrage, nous entendrons l'expression de « travail public » comme comprenant à la fois la notion d'ouvrage public et la notion de travail accompli pour la construction ou l'aménagement de celui-ci.

V

1. — Il faut remarquer, en outre, que le travail public sera toujours exécuté sur un *immeuble*, que l'ouvrage public sera toujours un *immeuble*. C'est là un premier élément de la définition des travaux publics. Mais il présente ce caractère particulier de se dégager de la loi du 28 pluviôse an VIII et de ne provoquer pour cette raison presque aucune difficulté. C'est pourquoi nous voudrions le préciser rapidement dans cette Introduction sans y insister fortement, pour consacrer la partie principale de cette étude aux autres éléments du travail public, qui n'ont été dégagés que par la jurisprudence, à la lumière des principes généraux du droit administratif.

« Il n'est pas nécessaire que le travail public ait pour résultat la création d'un immeuble ; mais il doit au moins procurer l'entretien d'un immeuble » (1). Cette condition dérive du texte même de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Dans son dernier alinéa, après avoir attribué compétence au Conseil de préfecture pour les dif-

(1) Berthélemy, *Droit administratif*, 8^e édit., p. 566.

difficultés naissant entre l'administration et les entrepreneurs de travaux publics et pour les dommages causés par l'exécution de ces travaux, cet article ajoute que le Conseil de préfecture prononcera « sur les demandes et contestations » concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains, pris ou fouillés, pour la confection des « chemins, canaux et autres ouvrages publics ».

On sait par ailleurs que, sauf exception légale, l'expropriation pour cause d'utilité publique qui est destinée à permettre l'exécution des travaux publics, ne s'applique qu'aux immeubles.

Dès lors, étant donné d'une part que la loi de l'an VIII fixant la compétence administrative, prévoit que les travaux publics peuvent entraîner sur des terrains, c'est-à-dire sur des immeubles, une servitude temporaire d'occupation ou d'entretien de matériaux, pour la confection de chemins ou de canaux, qui sont des biens immeubles en même temps que des ouvrages publics ; étant donné, d'autre part, qu'on ne peut, pour accomplir des ouvrages publics, exproprier que des immeubles et que l'expropriation des meubles est réglée par le régime spécial des réquisitions et ne se rapporte pas nécessairement à la confection d'un travail public ; étant donné enfin que pendant longtemps, on a considéré, comme nous le verrons par la suite, que seuls étaient des travaux publics ceux qui étaient exécutés sur le domaine public qui, on le sait, ne comprend que des biens immeubles, on conçoit, pour tous ces motifs, que la jurisprudence, si portée qu'elle put l'être à étendre la notion d'ouvrage public, n'ait pas été jusqu'à en reconnaître le caractère à des travaux de confection ou

d'entretien de meubles destinés néanmoins à l'utilité publique.

2. — Ainsi la construction d'un cuirassé n'est pas un marché de travail public parce qu'il n'aboutit qu'à créer un objet mobilier. C'est un marché de fournitures. Les marchés de fournitures se différencient notamment des marchés de travaux publics en ce qu'ils portent sur les objets mobiliers, quand ils n'ont pas en vue la prestation de services, tandis que les marchés de travaux publics concernent des immeubles. Peu importe que dans le marché de fournitures il y ait simple livraison de choses toutes faites, ou, au contraire, confection et adaptation de ces choses par le fournisseur ; cet élément d'activité ne transforme pas le contrat en un marché de travaux publics. C'est pourquoi le traité passé avant la loi de séparation, entre la fabrique d'une église et un facteur d'orgues, pour la réparation et le perfectionnement d'un orgue, ne constitue pas un marché de travaux publics (1). C'est ainsi que le marché par lequel un individu s'est chargé de classer et de relier les archives d'une commune, de lui fournir divers registres et de remplacer les numéros manquants du *Bulletin des lois* et du *Recueil des actes administratifs du département*, reste un marché de fournitures (2).

Mais si l'objet mobilier qui fait l'objet du marché doit s'incorporer au sol ou à un immeuble et devenir ainsi immeuble par destination, si le fournisseur de cet objet s'engage du même coup à le mettre en place, il y a alors

(1) C. d'Etat, 20 déc. 1860, aff. *Cavaillé*, Coll. D. P. 61. 3. 17.

(2) C. d'Etat, 10 janv. 1861, aff. *Lamothe*, D. P. 61. 3. 14.

marché de travaux publics. Supposons qu'une commune traite avec un statuaire pour la confection et l'érection d'un monument aux morts d'une guerre, il y a marché de travaux publics parce que le statuaire s'est engagé, non seulement à fournir, mais encore à ériger le monument (1).

Donc, et en définitive, il y aura travail public toutes les fois qu'il s'agira de la construction, de l'aménagement ou de l'entretien d'un ouvrage public, et cet ouvrage public sera toujours *immobilier*. C'est pourquoi les entreprises de nettoyage des rues peuvent constituer des entreprises de travaux publics (2).

3. — On objectera que les marchés relatifs à l'exploitation du travail des détenus dans les prisons sont considérés par la jurisprudence comme des marchés de travaux publics bien qu'évidemment il ne s'agisse pas d'aménagement ou d'entretien d'immeubles (3). Cette jurisprudence s'explique par ce fait que les marchés de cette nature sont très complexes. A côté du marché d'exploitation du tra-

(1) Ainsi jugé, Trib. d'Amiens, 21 déc. 1877, *Le Droit*, 23 juin 1878.

(2) V. en ce sens, C. d'Etat, 24 janv. 1872, *Voe Lursel*, p. 40 ; 4 mai 1877, *Ville de Brest*, p. 414 ; 28 juin 1878, *Anoll*, p. 604 ; 29 nov. 1878, *Einery*, p. 949 ; 12 août 1879, *Krohn*, p. 611 et note ; 19 nov. 1880, *Jacob ben Kemoun*, p. 889 ; 12 juil. 1895, *Ville de Rennes*, p. 577 ; 13 déc. 1895, *Ville d'Angers*, p. 821.

(3) 14 fév. 1873, *Vilorgneux*, p. 171 ; 5 déc. 1879, *Alcay*, p. 788 ; 26 nov. 1880, *Collard*, p. 935 ; 23 déc. 1881, *Alleguen*, p. 1044 ; 25 nov. 1898, *faillite Lebourgeois*, p. 819 ; 19 janv. 1894, *Lhermitte*, p. 57 ; 1^{er} mars 1895, *Alcay*, p. 196. — V. aussi 23 mars 1896, S. 1896. 1. 311 ; Sirey, 1893. 3. 81 et la note de M. Hauriou ; 12 fév. 1904, *Thevenet*.

vail des détenus, l'adjudicataire s'engage à fournir un certain nombre d'objets mobiliers nécessaires à la prison, le vestiaire des détenus ainsi que leur nourriture. De plus — et voici l'élément de travail public qui donne au marché tout entier le caractère d'un marché de travaux publics — il s'oblige à entretenir et à réparer les locaux pénitentiaires eux-mêmes. Or, nous avons constaté que lorsque dans un marché, un élément quelconque de travail public s'introduisait, fût-il simplement l'accessoire de l'objet principal du marché, le marché tout entier et notamment en ce qui concerne la compétence, était soumis aux règles générales des marchés de travaux publics.

4. — C'est pour la même raison que les entreprises de pompes funèbres sont considérées comme des entreprises de travaux publics (1), malgré qu'elles ne comportent comme travail que celui qui est nécessaire à l'inhumation et qu'elles comprennent l'obligation de nombreuses fournitures. La loi du 28 décembre 1904, maintenant en cela le régime du décret du 18 mai 1806, art. 15, prescrit d'ailleurs aux communes d'adjuger ces entreprises selon le mode établi par les lois et règlements pour tous les travaux publics.

5. — Ainsi et en résumé, les travaux publics sont toujours faits en vue de la construction, de l'aménagement ou de l'entretien d'un *immeuble*. C'est la première condi-

(1) V. C. d'Etat, 26 janv. 1877, aff. *fabrique de Montpellier*, D. P. 77. 3. 59. — Laferrière, t. II, p. 124 et Hauriou, *Droit administratif*, 10^e édit., p. 733, n^o 2.

tion de leur existence. Les autres conditions n'étant pas déterminées par la loi ont dû l'être par la jurisprudence. Or, *nous savons qu'en règle générale, le droit administratif s'applique à l'activité des personnes publiques quand elle s'exerce en vue de satisfaire aux besoins d'utilité publique.* C'est ce principe qui a guidé la jurisprudence dans la détermination du critérium juridique des travaux publics. En dehors d'un texte spécial, elle exige donc deux conditions : 1° que le travail soit accompli pour le compte d'une personne publique, d'une collectivité administrative ; 2° qu'il soit accompli dans un certain but d'utilité publique.

Ce sont ces deux conditions que nous reprendrons tour à tour au cours de cette étude pour montrer l'évolution qu'a suivie la jurisprudence, les raisons de cette évolution, et son aboutissement actuel.

PREMIÈRE PARTIE

QUELLES SONT LES PERSONNES JURIDIQUES DONT LES TRAVAUX PEUVENT CONSTITUER DES TRAVAUX PUBLICS ?

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

SOMMAIRE

1. Principes généraux qui dominent l'application du droit administratif. — 2. Ils commandent les conditions que doivent accomplir les travaux publics. — 3. Les travaux des particuliers ne sont jamais des travaux publics. — 4. Ils le sont quand l'individu peut être considéré comme agissant pour le compte de l'administration. — 5. Les travaux des établissements d'utilité publique ne sont pas des travaux publics.

I. — Pour répondre à la question que pose le titre même de la première partie de cette étude : Quelles sont les personnes juridiques dont les travaux peuvent constituer des travaux publics ? il convient de remonter aux principes dominants du droit administratif et de se deman-

der quelles sont, d'une manière générale, les personnes dont ce droit règle l'activité. « Le droit administratif est « cette branche du droit public qui règle : 1° l'organisa-
« tion de l'entreprise de l'administration publique et des
« diverses personnes administratives en lesquelles elle
« s'est incarnée ; 2° les pouvoirs et les droits que possè-
« dent ces personnes administratives pour actionner les
« services publics ; 3° l'exercice de ces pouvoirs et de ces
« droits par la prérogative, spécialement par la procédure
« d'action d'office, et les conséquences contentieuses qui
« s'ensuivent » (1).

M. Jèze en donne une définition plus brève : c'est, dit-il, « l'ensemble des règles relatives aux services publics » (2). Il fait ainsi prédominer l'élément de finalité du droit administratif, élément qu'il trouve dans la notion de service public. Au contraire, M. Hauriou donnait la place prédominante à l'élément pouvoir, mettant « en « évidence la prérogative, c'est-à-dire les droits exorbi-
« tants et les procédures exceptionnelles dont bénéficie
« l'action des personnes administratives ».

Ces deux définitions nous paraissent exagérées en des sens différents. Celle de M. Hauriou parce qu'elle diminue considérablement l'importance de la notion du *but* de l'activité administrative. S'il est exact de dire — et de ce point de vue nous en adoptons pleinement les termes — que le droit administratif règle l'activité des personnes publiques, il ne faut pas oublier cette notion également indispensable,

(1) Hauriou, *Traité de Droit administratif*, 10^e édit., p. 10.

(2) *Principes généraux du Droit administratif*, 2^e édit., p. 1.

qu'il ne règle leur activité que lorsqu'elle s'exerce dans un certain but. Ce but, M. Jèze le met au premier plan et il nous dit que c'est le service public. Or, il définit le service public, un procédé employé par les gouvernants pour satisfaire à un besoin d'intérêt général (1). Cette définition nous semble encourir deux critiques : 1° tout d'abord — et cela provient de ce que M. Jèze rejette comme inutile la notion de personnalité morale — il ne nous montre pas que le droit administratif règle l'activité de certaines personnes déterminées. Si l'on admet que le procédé du service public soit à la base du droit administratif, il faut bien reconnaître aussi que ce procédé ne reste pas en l'air, qu'il est géré d'une façon quelconque pour le compte de l'Etat, du département, de la commune ou d'une colonie. C'est ainsi que M. Jèze lui-même (2) classe les établissements publics, qui ne sont que des services publics personnifiés par l'affectation d'un patrimoine (3) en nationaux, départementaux, communaux ou coloniaux. Il faut donc avant tout que l'Etat, le département, la commune ou la colonie existent, agissent et créent un service public. Ces diverses collectivités, ce sont les personnes publiques auxquelles la définition de M. Jèze ne laissait qu'une place de second plan. 2° Mais sa définition, tout en ayant l'immense mérite de montrer l'importance du but de l'activité des gouvernants comme élément d'application du droit administratif, nous paraît encourir un second reproche

(1) V. Jèze, *op. cit.*, p. 249.

(2) *Op. cit.*, p. 259.

(3) *Op. cit.*, p. 254.

auquel nous reviendrons dans la seconde partie de cette étude. Il nous semble que la notion de service public telle que la définit M. Jèze est trop étroite pour fonder le droit administratif. Si l'on acceptait sa définition du service public, et si l'on donnait du droit administratif une définition d'une part basée sur elle et, d'autre part, tenant également compte de la notion de personne publique, on aurait encore une définition trop étroite. Si l'on disait que le droit administratif s'applique à l'activité des personnes publiques dans le fonctionnement des *services publics*, ce serait encore, croyons-nous, une définition trop étroite, à cause du sens que les partisans de la notion de service public donnent à cette notion.

A notre avis, le droit administratif est l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité des personnes publiques agissant dans une certaine fin. Il faut donc deux éléments pour que le droit administratif s'applique : 1° l'action de certaines personnes déterminées qui sont les personnes publiques ; 2° une certaine fin que se propose leur action, fin qui n'est pas le « service public » et que nous déterminerons dans notre seconde partie.

2. — Il est aisé de déduire des propositions qui précèdent qu'un travail exécuté en vue de l'aménagement, de la construction ou de l'entretien d'un immeuble, que l'immeuble qui sera le résultat de cette opération, ne constitueront des travaux publics au sens juridique de cette expression que s'ils sont exécutés : 1° pour le compte d'une *personne publique*, et 2° avec un certain but. Ce n'est que lorsque ces deux conditions seront remplies —

sauf évidemment l'hypothèse où, dans un cas spécial, le législateur en aurait expressément décidé autrement — que le travail sera un travail public. Il en résulte donc que le travail public sera toujours en principe accompli pour le compte d'une *personne publique*.

3. — Dès lors, les travaux exécutés par de simples individus, par de simples personnes privées, ne sont jamais, en principe, quelle que soit leur utilité générale, des travaux publics. C'est ainsi que si une église a été construite, au moyen de souscriptions volontaires, par les membres d'une commission librement constituée à cet effet par de simples particuliers, il n'y a pas là entreprise de travaux publics (1). C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat par arrêt du 12 mai 1868, aff. *Fabrique de Saint-Vincent-de-Paul* (2). Un autre arrêt du Conseil d'Etat du 13 février 1880, aff. *Mercier* (3), a donné la même solution : « Considérant qu'il « résulte de l'instruction que les travaux dont le paiement « est réclamé à la commune de Provenchère ont été exé- « cutés en vertu d'un marché passé entre l'abbé Benoit « et l'entrepreneur et auquel la commune et l'adminis- « tration supérieure étaient restées étrangères ». Cette doctrine se maintient même au cas où il s'agit de travaux accomplis par des personnes morales privées accomplissant une œuvre d'utilité publique. Il en est ainsi des associations syndicales libres de propriétaires, alors qu'au

(1) Conflits, 18 avril 1850, *Preynet*, 369. — C. d'Etat, 20 déc. 1878, *Ville de Béziers*, 1071.

(2) D. P. 69. 3. 43.

(3) L. p. 183.

contraire — et, comme nous le verrons plus loin — les travaux des associations syndicales autorisées ou forcées sont, depuis la loi du 26 juin 1865, des travaux publics. Un arrêt du tribunal des conflits du 18 juillet 1874, aff. *Langlade* (1) est ainsi conçu : « Considérant que tant que
« les propriétaires intéressés à l'exécution des travaux
« dont il s'agit n'ont pas été, par un acte de l'autorité
« administrative, constitués en association pour concourir
« à la dépense des ouvrages, les travaux entrepris pour
« la défense de leurs propriétés ne peuvent être assimilés
« aux travaux prévus par les lois ci-dessus visées et dont
« il appartient aux Conseils de préfecture de connaître
« aux termes desdites lois ».

Depuis longtemps, la Cour de cassation a adopté la même solution. Un arrêt de la Chambre des Requêtes, en date du 16 juin 1835 (2), a décidé que si un ouvrage qui était à la charge d'un entrepreneur de travaux publics a été exécuté volontairement par un particulier qui y avait un intérêt privé et sous sa direction, l'opération était un travail privé échappant à la compétence administrative (3).

(1) Lebon, p. 707.

(2) Dalloz, *Rép. prat.* V^o *Travaux publics*, n^o 1193, p. 1018.

(3) Les tribunaux judiciaires seraient également compétents s'il s'agissait de travaux publics qui eussent perdu leur destination primitive et fussent devenus la propriété d'un particulier, par suite d'aliénation par exemple. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que le riverain qui, afin de réparer son usine, a obtenu la concession de batardeaux que l'Etat avait établis pour la construction d'un pont alors achevé, peut être actionné en dommages-intérêts devant les tribunaux judiciaires, par les riverains inférieurs à qui il a causé préjudice en retenant les eaux au moyen de ces batardeaux (Req. 28 nov. 1848, aff. *Ballet*, D. P. 48. 1. 232).

4. — Mais la solution change dès que le particulier peut être considéré comme agissant pour le compte de l'administration. Nous avons déjà vu que les offres de concours par lesquelles des personnes privées collaboraient à l'exécution d'un travail public ne modifiaient pas la nature de celui-ci et étaient elles-mêmes soumises à la compétence du Conseil de préfecture (1). Or, il arrive très souvent que des particuliers offrent de leur propre initiative à une personne publique d'effectuer un travail qui, s'il était exécuté pour le compte de cette personne publique, serait incontestablement un travail public. Dans toutes ces hypothèses, la personne publique qui est généralement une commune, prend juridiquement l'initiative de l'opération. Elle charge le particulier qui lui a fait l'offre, d'accomplir le travail et comme il est censé agir pour le compte de la commune, il devient un véritable entrepreneur de travaux publics. C'est extrêmement fréquent dans les villes quand des particuliers, en vue d'augmenter la valeur de leurs propriétés, offrent d'ouvrir une rue à leurs frais ; ils doivent alors être réputés entrepreneurs de travaux publics (2). « Considérant, dit

(1) V. en ce sens C. d'Etat, 28 juin 1837, *Société des Moulins d'Alby*, L, p. 276 : « Considérant que la lettre du 23 mars 1829, par laquelle les propriétaires des moulins avaient offert de concourir « à la dépense des travaux à effectuer à la digue de Gardès, et « l'arrêté du Préfet du 20 juin suivant qui a accepté leurs offres « n'a point changé le caractère des travaux qui devaient être faits « par l'administration dans un intérêt public, ni modifié les règles « de la compétence en cette matière ». De même, C. d'Etat 16 déc. 1881, *Commune de Plaisance*, L, p. 1012.

(2) Conflits, 27 mai 1876, *de Chaizère*, 496. — C. d'Etat, 30 mai

« un arrêt dans une hypothèse de cette nature, qu'aux
 « termes de la loi du 28 pluviôse an VIII, les Conseils de
 « préfecture sont compétents pour statuer sur les diffi-
 « cultés qui s'élèvent entre les entrepreneurs de travaux
 « publics et l'administration, concernant le sens et l'exé-
 « cution de leur marché ; que, dans l'espèce, il s'agit
 « de l'exécution de l'une des conditions imposées aux
 « sieurs André et Cottier pour l'ouverture à Paris des
 « rues du nouveau quartier Poissonnière ; qu'ainsi le Con-
 « seil de préfecture de la Seine a statué dans les limites
 « de sa compétence » (1).

La même solution est admise par les tribunaux judi-
 ciaires. Un statuaire avait offert d'élever, *à ses frais*, soit
 pour décorer les places publiques, soit pour honorer la
 mémoire des hommes qui avaient illustré le pays, sur une
 place publique de la ville d'Amiens, un monument destiné
 à rendre hommage à certains hommes célèbres originaires
 de Picardie. La ville devait simplement voter une somme
 déterminée pour la fondation et fournir l'emplacement ;
 toutes les formalités ayant été remplies, le statuaire assi-
 gna devant le Tribunal d'Amiens la ville qui était en
 retard pour fournir l'exécution de ses engagements. Le
 Tribunal se déclara incompétent, parce qu'il s'agissait de
 l'érection d'un ouvrage public, le statuaire n'intervenant
 que comme entrepreneur pour le compte de la ville (2).

1879, *Commune de Savigny-en-Revermont*, 445 ; 9 mars 1883, *Com-
 mune de Saint-Michel-sur-Orge*, 267 ; 8 août 1885, *Commune de
 Lourps*, 794 ; 27 nov. 1885, *Jullien*, 896 ; 1^{er} août 1884, *Desrat*,
 p. 695 ; 18 mai 1838, *Cheronnet*, I, p. 271.

(1) Conseil d'Etat, 21 mars 1844, *André et Cottier*, Leb. p. 165.

(2) Trib. civ. d'Amiens, 21 déc. 1877, *Le Droit*, 23 juin 1878,

5. — Enfin, les travaux exécutés pour le compte des établissements d'utilité publique ne constituent pas des travaux publics. En effet, malgré que ces établissements aient, à raison de leur importance, une situation spéciale et que le Droit public leur accorde certains privilèges, ils ne constituent pas des personnes publiques; ils ne font pas partie de la hiérarchie administrative; ils restent des personnes privées et leurs travaux, des travaux privés. Le Conseil d'Etat l'a décidé en particulier par arrêt du 7 avril 1859, aff. *Herzern*, L., p. 267 : « Considérant que d'après
« l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, le Conseil de
« préfecture est appelé à se prononcer sur les difficultés
« qui peuvent s'élever entre l'administration et les entre-
« preneurs de travaux publics concernant le sens et l'exé-
« cution des clauses de leurs marchés; mais que, si la
« Société des Antiquaires de Picardie a été reconnue
« comme établissement d'utilité publique et si les tra-
« vaux dont le sieur Herzer a entrepris l'exécution ont
« pour objet un musée qui doit être ouvert au public, ces
« circonstances ne sont pas de nature à faire considérer
« les contestations qui se sont élevées entre la Société et
« l'entrepreneur Herzer, relativement à ces travaux comme
« des contestations entre l'administration et des entrepre-
« neurs de travaux publics, dont il appartiendrait au Con-
« seil de préfecture de connaître, en vertu de la disposi-
« tion législative ci-dessus rappelée » (1).

v. aussi Trib. de la Seine, 1836, aff. *Magdelaine c. Estienne*, Dalloz, anc. rép. prat. Vo *Travaux Publics*, p. 1002.

(1) Même solution: Conseil d'Etat, 19 janvier 1860, *Schulters*, L., p. 53.

En résumé, et pour rappeler les développements que nous avons exposés au début de ce chapitre, il faut, en règle générale, pour qu'un travail constitue un travail public, qu'il soit avant tout exécuté pour le compte d'une personne publique. Il en résulte qu'en droit commun, et à moins qu'une loi n'y ait expressément dérogé, les travaux publics seront accomplis pour le compte de l'Etat, d'un département, d'une commune, d'une colonie ou d'un établissement public. Nous allons voir dans le chapitre II comment ce principe s'est dégagé et quelle en est la portée exacte.

CHAPITRE II

LES TRAVAUX PUBLICS SONT EXÉCUTÉS POUR LE COMPTE DE L'ÉTAT,
D'UN DÉPARTEMENT, D'UNE COMMUNE, D'UNE COLONIE OU D'UN
ÉTABLISSEMENT PUBLIC.

SOMMAIRE

I. — *Les travaux publics sont exécutés pour le compte d'une personne publique :*

1. Pas de difficultés pour les travaux de l'Etat. — 2. Pas de difficultés pour les travaux des départements. — 3. Les variations des jurisprudences des divers ordres au sujet des travaux communaux. — 4. Les travaux des établissements publics. — 5. La question spéciale des travaux des associations syndicales de propriétaires.

II. — *Le procédé d'exécution du travail public n'en affecte pas la nature :*

1. Travail exécuté en régie. — 2. Travail exécuté par l'entreprise. — 3. Travail exécuté par le procédé de la concession, analyse de la notion de concession de travaux publics.

III. — *Les travaux des concessionnaires d'utilité publique ne sont pas des travaux publics :*

1. Principes généraux qui dominent l'activité de l'Etat et les divers procédés de gestion qu'il choisit. Nature de la concession d'utilité publique. — 2. Les concessionnaires de mines et leurs travaux. — 3. Les concessionnaires prévus par la loi du 16 octobre

1919 pour l'aménagement des forces hydrauliques sont aussi des concessionnaires d'utilité publique et non de services publics. Leurs travaux ne sont pas des travaux publics. — 4. Si la jurisprudence ne décidait pas que les associations syndicales de propriétaires forcées ou autorisées sont des établissements publics, il faudrait les considérer comme des concessionnaires d'utilité publique.

I

1. — Si, comme nous venons de le voir, les travaux publics doivent être exécutés pour le compte d'une personne publique, il n'y a naturellement jamais eu de difficultés en ce qui concerne les travaux accomplis pour le compte de l'Etat et des colonies. Ce sont là deux personnes publiques auxquelles on n'a jamais contesté que dussent s'appliquer les règles du Droit administratif. Toujours on a considéré que les travaux accomplis pour leur compte pussent constituer des travaux publics.

2. — Il en a été de même des travaux des départements, et cela mérite de retenir un peu plus longuement notre attention. On sait que jusqu'à une époque assez récente, l'action des départements comme celle des communes était considérée, même dans la création de services publics communaux ou départementaux, comme une action purement privée, justiciable, si elle causait un dommage à un particulier, des tribunaux judiciaires. Il a fallu les arrêts Terrier et Feutry pour les départements, et les arrêts Cadot, Villenave et Therond pour les communes, pour faire admettre que le principe de la séparation des auto-

rités administratives et judiciaires s'appliquât de la même façon aux services nationaux, départementaux et communaux.

On peut alors s'étonner que les travaux des départements aient *toujours* été considérés par la jurisprudence comme susceptibles de constituer des travaux publics dont le contentieux fut soumis aux Conseils de préfecture.

Cela s'explique par d'autres raisons :

On sait que c'est la loi des 22 décembre 1789-janvier 1790 qui a organisé les départements en circonscriptions administratives et qui les a dotés d'organes propres. Mais pendant longtemps, la personnalité civile leur a fait défaut. Malgré qu'un décret fut intervenu le 9 avril 1811 et leur eut attribué gratuitement les édifices et bâtiments nationaux occupés par des services publics, à charge de les entretenir, la question demeurait discutée. Le Conseil d'Etat (1) semblait bien admettre qu'ils avaient la personnalité du moment qu'ils pouvaient posséder des biens, mais leurs représentants ne pouvaient pas prendre de mesures exécutoires sans l'approbation des autorités supérieures. Leur activité étant ainsi réglée par l'administration de l'Etat, il était normal de soumettre les difficultés naissant à l'occasion de cette activité aux mêmes règles que celles qui naissaient de l'activité de l'Etat. C'est pourquoi la qualité de travaux publics fut reconnue à des travaux des départements, et leur contentieux fut, pour ce motif, déferé aux Conseils de préfecture (2).

(1) V. notamment un arrêt du 27 juin 1834, *Préfet du Bas-Rhin*

(2) C. d'Etat 25 oct. 1826, *Jouvenel*, L, p. 653 ; 1^{er} juin 1828, *Ragne-*

Cette solution se maintient après la loi du 10 mai 1838 qui vint trancher les difficultés et éteindre les controverses en donnant d'une manière incontestable la personnalité civile aux départements par l'attribution au Conseil général de pouvoirs de décision dans la gestion du domaine départemental. Il eût été un peu choquant que cette loi, organisant plus fortement qu'auparavant la circonscription départementale, eût pour conséquence de transférer aux tribunaux judiciaires la connaissance des conflits relatifs aux travaux accomplis pour le compte du département dans un but d'intérêt général, d'autant qu'à cette époque la jurisprudence assimilait les marchés de travaux des départements à ceux de l'Etat et les assujettissait aux mêmes formes (1).

Aussi, après comme avant la loi du 10 mai 1838, le contentieux des travaux publics départementaux resta-t-il dans la compétence des Conseils de préfecture (2). Et les tribunaux judiciaires, de leur côté, maintinrent la même solution (3).

En résumé, il a été toujours admis que les travaux des départements peuvent constituer des travaux publics.

3. — Il n'en a pas été de même des travaux communaux.

rie et Bandrau, p. 467 ; 7 juin 1826, *Diesse c. Romain*, p. 290 ; 23 janv. 1820, *Comm. de Sérée c. Péré* ; 25 nov. 1829, aff. *Min. int. c. Chauby*, p. 442.

(1) V. C. d'Etat, 1^{er} sept. 1841, aff. *Préfet de Seine-et-Oise*, Dalloz, *ancien rép. prat.* Vo *Travaux publics*, p. 1042, note 2.

(2) V. C. d'Etat, 14 fév. 1839, *Borrani* ; 30 nov. 1841, *Bottier* ; 19 janv. 1850, *Varennnes*, p. 75.

(3) Paris, 9 mars 1846, aff. *Lemarié*, D. P. 46. 4. 497.

En ce qui les concerne, le Conseil d'Etat, appuyé, d'ailleurs, par beaucoup d'auteurs, a longtemps hésité à leur reconnaître jamais le caractère de travaux publics et sa jurisprudence a varié assez souvent sur ce point. Ce n'est que depuis 1843 qu'elle admet que les communes peuvent faire de véritables travaux publics. Nous ne voulons pas insister sur ces variations jurisprudentielles qui n'ont plus qu'un intérêt rétrospectif, et nous n'en dirons que quelques mots. « Il est intéressant de voir les progrès d'une théorie « juridique, les causes d'erreur peu à peu découvertes, les « faux points de vue successivement écartés, et la vérité, « rencontrée à force de tâtonnements, se saisissant tout à « coup des esprits et s'imposant à nous irrévocable-
« ment » (1).

Sous le premier Empire, il n'y avait pas eu de difficultés. Les textes législatifs avaient été considérés comme assimilant les travaux communaux à ceux de l'Etat : la loi du 16 septembre 1807, dans ses articles 30, 56 et 57, avait soumis au même régime les plus-values résultant de « tous les « travaux publics, généraux, départementaux et commu-
« naux ; les lois des 16, 17 et 23 janvier 1810 disposaient d'autre part que « tous les travaux qu'une commune ou « qu'un département auraient à faire en vertu des pré-
« sentes lois, seraient évalués par devis, adjugés au « rabais, et ensuite faits, reçus et payés comme les tra-
« vaux publics nationaux ». S'appuyant sur ces textes, le Conseil d'Etat, sous le premier Empire, avait constam-

(1) Léon Bourgeois, *Des travaux publics communaux*, thèse Paris. 1878, p. 8.

ment reconnu compétence aux Conseils de préfecture pour les travaux communaux d'intérêt général (1).

En 1815, une réaction très vive se manifesta contre cette jurisprudence. Les tribunaux civils revendiquent la connaissance des travaux des communes; le Conseil d'Etat se laisse peu à peu gagner à cette opinion, et en arrive à refuser aux Conseils de préfecture la connaissance des travaux des communes. On comprend que le Conseil d'Etat n'ait pas voulu résister alors à la tendance des tribunaux judiciaires. A cette époque, il sent, en effet, son existence menacée et redoute une suppression. On sait le rôle important qu'avait eu le Conseil d'Etat sous le régime de la Constitution de l'an VIII et les fonctions nombreuses par lesquelles il collaborait avec le pouvoir législatif. Or, sous la Restauration, on introduit le Gouvernement de Cabinet et on s'est demandé pendant longtemps si l'existence du Conseil d'Etat n'était pas un obstacle au régime parlementaire que l'on voulait instaurer. On s'explique donc que le Conseil d'Etat n'ait pas réagi contre la tendance des tribunaux judiciaires à attirer à eux la connaissance des conflits relatifs aux travaux exécutés pour le compte des communes.

Mais ce qu'il y a de curieux, ce sont les motifs que le Conseil d'Etat a donnés de sa nouvelle jurisprudence. Il a prétendu la fonder sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui donne en particulier compétence au Conseil de préfecture pour « les difficultés qui pour-

(1) C. d'Etat, 7 février 1809, *ville de Marseille*, L, p. 165; 17 déc. 1809, *Millin*, p. 210; 12 mars 1811, *Vernier*, p. 268.

« ront s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics « et l'administration ». Le mot « administration », dit le Conseil d'Etat, étant employé seul et sans épithète, ne peut désigner que l'Etat. Il en résultait, par *a contrario*, que les communes étaient exclues de l'article 4. On négligeait ainsi complètement les lois de 1807 et de 1810.

Cette jurisprudence souleva, comme on peut le penser, de nombreuses critiques. Elle se maintint cependant jusqu'en 1823 (1). A cette époque, le garde des sceaux la combattit vivement dans une lettre au ministre de l'Intérieur et rappela les principes généraux de la matière : « Les communes, dit-il, ont des propriétés particulières « qui doivent être soumises au droit commun, mais elles « sont, en outre, chargées de fournir aux frais de certains « établissements qui, par leur nature, appartiennent au « service public, tels qu'églises, fontaines, chemins, etc... « Dans le premier cas, les contestations relatives aux tra- « vaux doivent être jugées par le droit commun. Dans le « deuxième cas, il s'agit de travaux destinés à l'usage du « public et les contestations qui s'élèvent à cet égard doi- « vent être jugées comme toutes celles relatives aux tra- « vaux publics ». C'était très bien poser la définition des travaux publics.

Le Conseil d'Etat était encore très éloigné de ces idées. Il comprenait qu'il avait fait fausse route, mais, pour justifier une nouvelle solution, il allait faire appel à un critérium purement formel qui, tout naturellement, allait le

(1) C. d'Etat, 6 nov. 1817, *ville de Gray*, p. 291 ; 29 août 1821, *ville de Poitiers*, p. 321 ; 17 avril 1822, *commune d'Auglès*, p. 344.

conduire à des solutions de nouveau très discutables et peu logiques. Un arrêt du 24 décembre 1823, aff. *Julien* (1), inaugurant cette nouvelle jurisprudence, décidait que le caractère de travaux publics appartenait aux travaux communaux « lorsque le marché était revêtu de l'approbation « préfectorale et passé avec les formes prescrites pour « l'adjudication des travaux publics ». Cette décision encourt une critique évidente : la forme qu'il a plu aux parties de donner à leur contrat ne peut modifier la nature des choses et servir de base à une classification juridique. Leur volonté ne peut surtout modifier les attributions des juridictions et déterminer les compétences. Le Conseil d'Etat devait le reconnaître lui-même quelques années plus tard en déclarant : « que les stipulations privées tendant à « intervertir l'ordre des juridictions, sont dénuées de validité, et que, par conséquent, la circonstance que les « parties ont ou n'ont pas stipulé que les contestations « seraient soumises au Conseil de préfecture est parfaitement indifférente à la solution de la question de compétence » (2). Cette vérité d'évidence que le Conseil d'Etat proclamait excellemment, il ne se résolut pourtant pas encore à en tirer les conséquences pour la décision de notre question. On voit sa jurisprudence hésiter pendant plusieurs années. Tantôt elle revient à sa distinction des formes du marché (3), tantôt elle se fonde sur l'importance plus ou moins grande des travaux exécutés.

(1) Lebon, p. 663.

(2) 2 septembre 1829, *Ville de Dunkerque*, L, p. 375.

(3) C. d'Etat, 24 mars 1824, *ville d'Argentan*, L, p. 183 ; 13 juil.

Mais peu à peu, le Conseil d'Etat sent que son existence est de plus en plus solide ; on s'est rendu compte que dans la limite de ses attributions contentieuses ou d'administration délibérante, il n'est pas incompatible avec le régime parlementaire.

D'autre part, en ce qui concerne spécialement les travaux publics, la loi du 3 mai 1841 vint avancer la solution de la question en posant en principe que l'utilité publique pourrait être déclarée en faveur des communes et dans un intérêt purement communal (art. 3 et 12).

Aussi, en 1843, le Conseil d'Etat se rendit-il maître de la controverse et adopta-t-il les principes que, dès 1823, le garde des sceaux avait proclamés. Quatre ordonnances, rendues coup sur coup dans les derniers mois de 1843, attribuent enfin à tous travaux ayant un caractère d'utilité publique, qu'ils soient communaux ou nationaux, la qualité de travaux publics (1). L'effort avait été long ; il était décisif ; de ce jour, la véritable solution était acquise ; le tribunal des conflits lui donnait, en 1850, sa sanction suprême (2). Les tribunaux judiciaires ne refusèrent pas d'admettre une solution aussi logique et la Cour de cassation l'adopta dans un arrêt du 28 juin 1853 (3).

4. — Enfin, peuvent constituer des travaux publics les

1825, *Bourguignon*, p. 412 ; 12 avril 1829, *Bazin*, p. 141 ; 16 nov.

1835, *commune d'Eloges*, p. 634.

(1) C. d'Etat, 23 août 1843, *Huvé*, p. 460 ; 6 déc. 1843, *Dobrée*, p. 509 ; 7 déc. 1843, *Grandidier*, p. 558 ; 9 déc. 1843, *Ville de Cusset*, p. 573.

(2) 24 avril 1850, *Roger*, p. 392 ; 18 nov. 1850, *Baudrey*, p. 587.

(3) D. P. 53. 1. 376.

travaux des établissements publics. Ces établissements sont, en effet, des services publics personnifiés et dotés d'une autonomie financière. Mais ils sont rattachés, directement ou indirectement à l'une des personnes publiques, Etat, département ou commune. Cela résulte plus ou moins clairement de la volonté du législateur qui a organisé l'établissement public, et c'est une question soumise à l'interprétation du juge. Donc, les établissements publics sont nationaux, départementaux ou communaux. Pour les travaux des établissements publics nationaux ou départementaux, la jurisprudence a toujours admis qu'ils pouvaient constituer des travaux publics. Quant à ceux des établissements publics communaux, elle a suivi les mêmes variations que celle relative aux travaux publics communaux, et naturellement elle est, à l'heure actuelle, depuis la même époque, fixée dans le même sens. C'est ainsi que les travaux des hospices, des hôpitaux, des monts de piété, dont la qualité d'établissements publics a été reconnue par l'arrêt Brincat du Conseil d'Etat du 20 juin 1919, peuvent être des travaux publics. Il en était de même des travaux des fabriques avant la séparation de l'Eglise et de l'Etat (1).

(1) C. d'Etat, 14 nov. 1879, *Bourgeois*, p. 696. Il faut d'ailleurs noter que s'ils ont le pouvoir de faire des travaux publics, ces établissements n'ont pas celui de mettre en œuvre par eux-mêmes l'expropriation pour cause d'utilité publique. La jurisprudence admet qu'à cet effet ils peuvent recourir aux bons offices des communes (Avis du C. d'Et., 10 sept. 1850). Cette règle ne se justifie pas beaucoup et il y a une tendance à s'en écarter (V. Hauriou, *Droit administratif*, 10^e édit., p. 696, n. 1).

5. — Mais il y a certains établissements dont la qualité d'établissements publics a été longtemps discutée et dont les travaux étaient dans le même temps considérés comme des travaux publics parce qu'un texte en a ainsi décidé. Ce sont les associations syndicales de propriétaires forcées ou autorisées, sur lesquelles nous voudrions insister quelque peu.

Ces associations peuvent être constituées, en vertu de la loi du 21 juin 1865 et de la loi du 22 décembre 1888, pour l'exécution et l'entretien de travaux 1° de défense de terrains contre la mer et les cours d'eau; 2° du curage et d'aménagement des canaux, des rivières non navigables ni flottables et des canaux de dessèchement et d'irrigation; 3° de dessèchement des marais; 4° d'ouvrages destinés à l'exploitation des marais salants; 5° d'assainissement des terres humides et insalubres; 6° d'assainissement dans les agglomérations; 7° d'ouverture ou d'aménagement des voies publiques ou d'améliorations ayant un caractère d'intérêt public dans les agglomérations; 8° d'irrigation et de colmatage; 9° de drainage; 10° de chemins d'exploitation et de toute autre amélioration agricole d'intérêt collectif. Enfin, cette énumération étant limitative, des lois postérieures sont venues en permettre la création en vue d'autres objets spéciaux. Il en est ainsi de la loi du 15 décembre 1888, pour la défense contre les vignes phylloxérées, de celle du 4 avril 1882 pour la défense des terrains de montagne, etc.

Ces associations syndicales de propriétaires peuvent se constituer librement et, dès lors, elles ont la personnalité

morale ; mais ce sont des personnes purement privées dont les travaux constituent des travaux privés.

Il se peut aussi que leur constitution soit difficile, parce que les propriétaires ne sont pas unanimement favorables à leur création, tandis que les travaux qu'il s'agit d'entreprendre intéressent non seulement leurs propriétés privées, mais encore l'intérêt général. Dès lors, on va permettre à l'administration, par un décret pris en Conseil d'Etat, de constituer une association syndicale dans laquelle les propriétaires seront obligés d'entrer ; *ce sera l'association forcée*. Ou bien, à la demande d'une majorité de propriétaires, un arrêté préfectoral, autorisant la création de l'association, obligera la minorité de propriétaires récalcitrants à en faire partie. C'est l'*association autorisée*.

La nature juridique de ces associations a été longtemps discutée. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1886 (1), avait décidé qu'elles constituaient de simples établissements d'utilité publique, ce qui était assez logique, puisque tout en accomplissant peut-être un travail d'intérêt collectif, elles agissent avant tout dans l'intérêt privé des propriétaires syndiqués. Cette solution n'a pu être admise après le règlement d'administration publique du 9 mars 1894, rendu en exécution de la loi du 22 décembre 1888. Il fut alors nécessaire d'admettre que ces associations constitueraient de véritables établissements publics, et c'est ce que décida le tribunal des conflits par un arrêt du 9 décembre 1897, aff. *canal de Gignac* (2).

(1) D. P. 87. 1. 183.

(2) S. P. 1900. 3. 19 et la note de M. Hauriou.

A vrai dire, il n'était pas besoin de cette solution pour faire admettre que leurs travaux pussent constituer des travaux publics véritables, car la loi du 21 juin 1865 l'avait dit expressément et leur avait donné le droit d'exproprier pour cause d'utilité publique, et même de lever certaines taxes sur les propriétés bénéficiant de plus-values du fait de leurs travaux. La loi du 21 juin 1865 qui, en posant la règle que leurs travaux seraient des travaux publics, devait être considérée comme un texte d'exception, quand on admettait que les associations syndicales forcées ou autorisées étaient de simples établissements d'utilité publique, doit donc, maintenant qu'elles sont des établissements publics, être envisagée comme une application des principes généraux du droit commun.

En résumé, peuvent constituer des travaux publics les travaux des personnes publiques, c'est-à-dire de l'Etat, des colonies, des départements, des communes et des établissements publics.

Cette règle est exacte, quel que soit le procédé employé pour l'aménagement et l'entretien de ce travail.

II

Les travaux publics peuvent être exécutés par trois procédés principaux : la régie, l'entreprise et la concession. « La question de savoir s'il y a opération de travaux publics, dit à ce propos M. Hauriou (1), est complète-

(1) *Droit administratif*, 10^e édit., p. 733.

« ment indépendante de celle de savoir par quels procédés l'opération est réalisée ».

1. — Il n'y a évidemment aucun doute à ce sujet, quand le travail est exécuté par la personne publique elle-même, en régie, soit qu'elle le fasse purement et simplement, soit qu'elle y intéresse la personne qu'elle emploie pour cette opération.

2. — Dans l'entreprise de travaux publics il y a quelque chose de plus. Il y a là un véritable louage d'ouvrage par lequel un individu s'engage à fournir à l'administration l'ouvrage public qu'il s'agit d'édifier. Dans cette convention, qui est soumise à des formalités et à des règles spéciales à cause de la qualité des personnes en présence et de la nature du travail à accomplir, l'entrepreneur n'agit que sous la direction de l'administration. S'il est besoin d'exproprier, c'est l'administration qui mettra en branle la procédure d'expropriation ; c'est une commune, par exemple, qui demandera le décret déclaratif d'utilité publique et au nom de laquelle sera suivie toute la procédure postérieure. L'entrepreneur, par la suite, quand les particuliers auront été expropriés, se servira de l'immeuble ainsi transféré dans le patrimoine de la personne publique et accomplira sous la direction de l'administration l'ouvrage public dont il doit assurer la confection. Dans cette opération, il aura la faculté de procéder à des occupations temporaires, puisqu'il s'agit d'un travail public et que le procédé employé pour sa réalisation n'en modifie pas la nature.

3. — Enfin, le travail public peut être exécuté par un concessionnaire et ici la situation est un peu différente. Le concessionnaire diffère de l'entrepreneur à plusieurs points de vue. Tout d'abord, la tâche de l'entrepreneur est close par l'accomplissement du travail et par sa réception administrative, celle du concessionnaire se poursuit bien après ce terme. Quand le concessionnaire a accompli le travail public, quand il a édifié l'ouvrage qui faisait l'objet de sa concession, il est chargé d'en assurer l'exploitation. C'est l'hypothèse du concessionnaire de l'établissement d'un chemin de fer qui est chargé d'assurer, une fois le réseau établi, son fonctionnement.

Dans cette opération, il y a deux choses intimement liées, mais qu'il est juridiquement nécessaire de distinguer. Il y a une concession de travail public : on charge un individu d'établir un ouvrage déterminé, tel qu'une ligne de chemin de fer ou qu'une usine de production de gaz et les canalisations destinées à la fourniture aux particuliers. On concevrait très bien que, cette opération étant effectuée, l'administration en prit en mains l'exploitation. Mais dans la concession de travaux publics, le concessionnaire est chargé de l'exploitation du travail accompli. Il y a donc un second élément qui est une concession de service public. Le concessionnaire de la confection du travail est chargé de son fonctionnement ; il est chargé d'assurer le transport des voyageurs, la fourniture du gaz aux particuliers.

Pendant longtemps on a considéré que l'essentiel d'un contrat de cette nature était l'érection de l'ouvrage public : cela paraît inexact. En fait, c'est parce qu'elle croit néces-

saire l'accomplissement d'un certain service public, c'est parce qu'elle pense qu'il est opportun d'en confier la charge à un individu, que la personne publique concédante fait édifier ainsi un ouvrage public. Cet ouvrage public est précisément un des moyens par lesquels le concessionnaire assurera le fonctionnement du service dont il a la gérance. C'est le service public qui est évidemment l'élément important du contrat (1).

Mais il importe absolument de distinguer les deux éléments d'une telle concession. La situation du concessionnaire est, en effet, assez différente suivant qu'on l'envisage dans l'accomplissement de l'ouvrage public ou dans l'exploitation du service.

Dans les rapports du concessionnaire et de l'administration, c'est la concession du service public qui présente le caractère prépondérant, puisque l'accomplissement de travaux publics n'y est qu'une conséquence des nécessités de l'exploitation. Mais néanmoins ici, l'élément concession de travail public arrive en ce qui concerne le contentieux, à dominer l'élément logiquement principal du contrat, l'élément concession de service public. Si un litige s'élève entre le concédant et le concessionnaire, qui naisse uniquement de l'exploitation et qui soit absolument séparable de l'élément travail public, ce sera le Conseil de préfecture qui, malgré tout, aura compétence pour le résoudre et non le Conseil d'Etat comme on pourrait le penser. Cela résulte du caractère compréhensif de l'élé-

(1) Pour l'évolution des idées et de la terminologie à ce propos, Hauriou, *Droit administratif*, 10^e édit., p. 753, n^o 1.

ment de travail public, caractère que nous avons signalé dans l'Introduction de cette étude. Le contrat de concession, donnant au concessionnaire la faculté d'accomplir les ouvrages publics nécessaires au fonctionnement de l'exploitation concédée, est soumis tout entier à la compétence du Conseil de préfecture, même en ce qui concerne les litiges provenant uniquement de l'exploitation, sans avoir un lien quelconque avec le travail public.

Souvent même pour faire échapper les litiges naissant d'un pur contrat de droit privé passé par une personne publique et un particulier à la juridiction des tribunaux judiciaires, l'administration fait-elle figurer dans le contrat l'exécution d'un travail public de minime importance, qui n'a aucune utilité au regard de l'objet principal du contrat. De cette façon, tout litige naissant du contrat sera porté devant le Conseil de préfecture et le Conseil d'Etat en appel. Il en est ainsi en particulier dans les contrats relatifs à l'exploitation de forêts. L'entrepreneur exploitant est souvent tenu d'établir un chemin de vidange allant du lieu de son exploitation, de la forêt à une route voisine. Cet entrepreneur est, vis-à-vis de l'administration, dans la situation d'un loueur de services et la construction de son chemin est un simple travail privé. Pour transformer son contrat en un marché de travaux publics, on lui impose l'obligation de prolonger l'extrémité de son chemin, qui se trouve au lieu de son exploitation, jusqu'à une autre route et d'ouvrir ce chemin au public. Ce chemin va réunir deux voies publiques, il sera affecté à l'usage public, ce sera un ouvrage public et sa construc-

tion un travail public. *Ipsa facto*, tout le contrat d'exploitation sera soumis à la compétence administrative.

Mais c'est en ce qui concerne les rapports du concessionnaire avec les tiers qu'il est intéressant de distinguer, à propos de la compétence qui est toujours liée intimement à la nature de l'acte juridique, au sein de la concession de travaux publics, l'élément concession de travail public proprement dit de l'élément concession de service public.

Supposons qu'un dommage soit causé à un individu par l'exécution d'un travail public exécuté par le concessionnaire. C'est le Conseil de préfecture qui est compétent pour en connaître. Ce sont des tranchées qui, dans une ville, sont creusées par le concessionnaire de l'éclairage au gaz pour la pose de conduites souterraines. Un particulier y tombe, se blesse ; c'est là un dommage causé par l'exécution d'un travail public, soumis à la compétence du Conseil de préfecture.

Supposons, au contraire, que le dommage subi par un individu provienne, non plus du travail public, mais de l'exploitation du service concédé, qu'il soit absolument détachable de l'ouvrage public. Ce seront les tribunaux judiciaires qui seront compétents pour en connaître, parce qu'il est admis que les dommages causés par un concessionnaire de service public sont de leur compétence. Cette solution a été consacrée par de nombreux arrêts et notamment le 27 mars 1906, par la Chambre des Requêtes (1). Il a consacré la compétence judiciaire pour statuer sur la

(1) S. 1907. I. 137 et note anonyme.

mauvaise exploitation d'un service de transport concédé, pour l'appréciation de laquelle il n'était pas besoin de faire l'étude de l'exécution du travail public proprement dit. L'annotateur de cette décision l'a fait nettement remarquer ; il nous dit notamment : « Spécialement, en « ce qui concerne les concessions de chemins de fer et de « tramways, la Cour de cassation a nettement séparé les « deux rôles joués par les concessionnaires, comme « entrepreneurs de travaux publics et comme entrepre- « neurs de transport. Dans l'entreprise ou opération de « travaux publics, elle a fait entrer non seulement la « construction de la voie qui constitue au premier chef « un ouvrage public, mais tout travail matériel exécuté « sur cet ouvrage public et s'incorporant à lui... Dans « l'entreprise de transport, elle a compris tous les faits « particuliers d'exploitation commerciale qui ne se ratta- « chent pas et ne s'incorporent en aucune façon au travail « public, surtout toutes les mesures que les concession- « naires doivent prendre pour la sécurité des voyageurs ». Et l'annotateur remarque que la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits font la même distinction. Il cite de nombreux arrêts dont un arrêt du Tribunal des conflits du 28 juillet 1894, aff *Stractmann* (1).

Il faut noter, d'ailleurs, que si cette distinction peut être faite facilement quand il s'agit de dommages causés par des entreprises de transport, il en va différemment quand il s'agit de concessions de fourniture de gaz ou d'électricité. Là en effet, à cause de la nature technique

(1) S. 96. 3. 121.

de l'opération, s'il y a un dommage causé à un particulier, ce sera par suite d'une explosion d'une conduite de gaz sous la voie publique, de la chute d'un fil électrique, et il sera généralement très difficile de séparer le dommage du travail public. Il en va tout autrement par exemple quand le dommage est causé à l'intérieur du domicile d'un usager, par suite du mauvais entretien de la colonne montante de son immeuble par exemple. Ici, l'ouvrage n'est pas un ouvrage public, le dommage est causé par un travail privé et c'est le tribunal judiciaire qui redevient compétent.

Enfin, pour la confection des ouvrages publics nécessaires à sa concession, le concessionnaire est assimilé à la personne publique, il lui est substitué. Il peut donc mettre en branle l'expropriation et occuper temporairement. Il est, en quelque sorte, investi des privilèges qui découlent du statut général du travail public, parce que ces privilèges découlent de l'opération elle-même de travaux publics.

Au contraire, dans l'exploitation du service public qui lui est concédé, il bénéficie de certains privilèges spéciaux qui sont déterminés par le cahier des charges de sa concession d'une façon limitative. C'est ainsi qu'on lui donne souvent le droit de percevoir des taxes sur les usagers.

En définitive, on peut dire que le concessionnaire de travaux publics est un individu chargé de faire fonctionner un service public qui exige l'exécution de certains travaux immobiliers. Pour faire fonctionner le service public, il jouit de certains privilèges *spéciaux énumérés* par son

cahier des charges (1). Pour accomplir les travaux, comme il s'agit de travaux publics, il jouit naturellement, et sans qu'il soit besoin que son cahier des charges l'ait stipulé, des privilèges attachés à la notion de travail public, du droit d'exproprier, d'occuper temporairement les terrains des particuliers, etc.

Nous voyons en résumé que le travail public ne change pas de nature suivant qu'il est exécuté par l'administration elle-même, par un entrepreneur ou par un concessionnaire. Mais il est certains concessionnaires dont les travaux bénéficient de certains privilèges, qui peuvent exproprier ou occuper temporairement des terrains privés par exemple, et dont les travaux ne sont pas néanmoins des travaux publics. Ce sont les individus que l'on a appelés « concessionnaires d'utilité publique » (2) auxquels nous voudrions consacrer quelques développements.

III

1. — Pour bien comprendre la place qu'ont dans le droit administratif en particulier les concessionnaires d'utilité publique, il est nécessaire de rappeler tout d'abord d'une façon très générale les principes qui dominent l'activité de l'Etat lui-même. L'Etat n'est jamais qu'une collectivité organisée en vue du développement

(1) Il en résulte qu'il ne jouit de ces privilèges que dans la mesure où il accomplit la mission qui lui est confiée, et que les travaux faits dans son intérêt exclusif ne sont pas des travaux publics. Cass., 2 juin 1840, aff. *Her. Marmier c. Duc de Dalmatie*.

(2) Voir Hauriou, *Droit administratif*, 10^e édit., p. 769 et suiv.

harmonieux de l'activité de chacun de ses membres et les gouvernants ne tiennent leur pouvoir et les prérogatives dont ils sont investis que pour la satisfaction des besoins collectifs des gouvernés. S'ils détournent le pouvoir de sa fin naturelle, fin qui leur est imposée soit d'une façon générale, par le principe même de leur institution, soit d'un façon spéciale par l'acte juridique qui le leur a confié, ils commettent une faute. Et la manière dont est organisé l'Etat, le régime que l'on adopte, n'a précisément pas d'autre mission que de garantir que l'activité des gouvernants sera bien conforme aux besoins collectifs.

Dès lors qu'un besoin social sera assez impérieux pour présenter une véritable utilité publique, les gouvernants interviendront pour en assurer la satisfaction, malgré les obstacles que pourront y apporter certains intérêts privés.

Tantôt il s'agira de rendre à la collectivité des services tels que l'Etat devra en prendre lui-même en mains la réalisation. Quand il s'agit d'assurer la défense nationale, de rendre la justice, on ne peut s'en remettre à de simples citoyens pour l'exécution de ces actes. Ce seront les gouvernants eux-mêmes qui en assureront la direction.

Tantôt, pour certains services, les gouvernants penseront qu'ils sont incapables d'en assurer eux-mêmes la satisfaction, et ils en concéderont à un individu l'exploitation en le substituant à eux et en lui permettant d'user dans son activité des prérogatives administratives qui lui sont nécessaires pour triompher des intérêts particuliers qui pourraient entraver son activité. C'est la concession de service public que nous avons déjà sommairement analysée et qui est actuellement employée pour les services à

caractère économique ou industriel dont on a pensé, à tort ou à raison, que l'Etat était incapable d'assurer, d'une façon satisfaisante, la satisfaction par lui-même. Ici, — et c'est le point capital à retenir pour cette étude particulière —, malgré qu'elle agisse par un intermédiaire, c'est toujours, *juridiquement*, l'administration qui agit.

Tantôt enfin, les gouvernants penseront que bien qu'une certaine activité soit utile à la collectivité, son intérêt n'est pas tel qu'il soit nécessaire d'en assurer le fonctionnement par eux-mêmes, soit directement, soit par un concessionnaire. Ils se borneront à en réglementer l'exercice par les citoyens ; ils donneront à ceux-ci certains pouvoirs spéciaux qui faciliteront leur tâche. En revanche, ils les soumettront à certaines obligations et à un certain contrôle de police. L'individu qui, agissant dans son intérêt privé, accomplira ainsi une tâche dont l'utilité publique aura été constatée par les gouvernants, sera investi de pouvoirs *spéciaux et déterminés*, exorbitants du droit commun, de prérogatives du droit public. C'est pourquoi on peut les nommer des « concessionnaires d'utilité publique ». Ici, à l'inverse de ce qui se passait dans la concession de service public, ce n'est plus l'administration qui agit, *c'est un particulier dans son intérêt privé*, mais qui bénéficie exceptionnellement de certaines prérogatives parce que son intérêt privé coïncide avec l'intérêt public.

On saisit alors la différence qui résulte de ces deux types de concession. Tandis que le concessionnaire de service public sera, *en principe*, investi de toutes les prérogatives nécessaires à son activité, tandis que ses travaux seront des travaux publics avec toutes les conséquen-

ces qui en découlent, le concessionnaire d'utilité publique, au contraire, n'aura d'autres prérogatives que celles que lui aura, spécialement et limitativement, conférées le législateur, et ses travaux ne seront, en principe, que des *travaux privés*, à moins évidemment que le législateur ne leur ait reconnu d'une façon complète le caractère de travaux publics.

2. — Ainsi, en matière de mines, si la loi du 27 juillet 1880 qui a modifié celle du 21 avril 1810 donne aux concessionnaires de mines le privilège d'occupation temporaire, celui d'expropriation publique, ces concessions doivent être entendues d'une façon strictement limitative. Les travaux de ces concessionnaires n'en sont pas pour cela des travaux publics, ce sont des travaux privés pour l'accomplissement desquels certains privilèges spéciaux sont confiés au concessionnaire. Et ce qui le prouve en particulier, c'est que la loi attribue compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les dommages causés par eux ; et on sait que les règles de compétence sont un guide très sûr pour déterminer la nature juridique des actes, parce qu'elles en dérivent naturellement.

3. — Il en est de même depuis la loi du 16 octobre 1919 en ce qui concerne l'exploitation des forces hydrauliques. En vertu de l'article 2 de cette loi : « Sont placées
« sous le régime de la concession : 1° les entreprises qui
« ont pour objet principal la fourniture de l'énergie à
« des services publics de l'Etat, des départements, des
« communes et des établissements publics ou à des asso-

« ciations syndicales autorisées et dont la puissance maximum (produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation) excède 150 kilowatts ».

« 2° Les entreprises dont la puissance maximum excède 500 kilowatts, quel que soit leur objet principal ».

« Sont placées sous le régime de l'autorisation toutes les autres entreprises ».

En vertu de l'article 4, les usines placées sous le régime de la concession ont, sous certaines conditions, le droit d'occuper temporairement les propriétés privées et d'en extraire des matériaux. Et aux termes de l'article 5, elles pourront exproprier les terrains privés pour l'accomplissement de travaux dont elles auront au préalable fait déclarer l'utilité publique.

Peut-on dire qu'il y ait là une véritable concession de service public? Un argument assez fort peut être invoqué en ce sens et tiré de l'article 10 qui prévoit (11°) que « les terrains, bâtiments, ouvrages, machines et engins de toute nature constituant les dépendances immobilières de la concession... doivent faire gratuitement retour à l'Etat en fin de concession » et qui, d'autre part (13°), donne à l'Etat la faculté de rachat des exploitations dans certaines conditions. Il y a là une analogie avec les concessions de chemins de fer qui est frappante. Ne serait-on pas ici également en présence d'un concessionnaire de service public?

Il nous semble que les concessions prévues par la loi du 16 octobre 1919 sont, comme les concessions de mines, des concessions d'utilité publique. Nous en voyons une preuve dans les règles de compétence posées par la loi de

1919. Dans ses articles 4 et 6, elle prévoit que les dommages causés par l'exécution des travaux, pour lesquels les industriels bénéficient des privilèges que nous avons énumérés, sont portés aux tribunaux civils. S'il s'agissait de travaux publics, la compétence serait au contraire celle des Conseils de préfecture.

La situation change complètement dès que l'industriel qui aménage une chute d'eau et qui obtient à cet effet une concession d'utilité publique, s'engage vis-à-vis d'une personne publique, Etat, département ou commune, à lui fournir de l'énergie ou de l'éclairage électrique. Dès lors, l'industriel devient vis-à-vis de cette personne publique un concessionnaire de service public et tous les travaux qu'il entreprendra en cette qualité seront des travaux publics.

Bien plus, supposons — ce qui était le cas le plus fréquent avant la loi de 1919 —, que dans le même contrat, une personne publique cède à un industriel ses droits de riveraineté et le charge, en même temps, avec l'usine qu'il établira, d'assurer le service public de la distribution de l'énergie électrique, ce contrat sera *entièrement* une concession de travaux publics au sens que nous avons expliqué déjà. Cela résulte du caractère extensif de l'élément de travail public et toute difficulté naissant du contrat sera de la compétence du Conseil de préfecture. C'est ce qu'a fort bien décidé la Cour de cassation — encore qu'on doive lui reprocher une assez grande obscurité dans les motifs de sa décision — par un arrêt du 12 juillet 1922, *Commune de Cadeilhan-Trachères c. Veuve Ber-*

trans et autres (1) ainsi conçu : « La Cour : Vu l'article 4
« de la loi du 28 pluviôse an VIII : Attendu qu'il appar-
« tient aux Conseils de Préfecture de connaître des diffi-
« cultés qui s'élèvent entre les entrepreneurs de travaux
« publics et l'administration, concernant le sens ou l'exé-
« cution des clauses de leurs marchés.

« Attendu que la commune de Cadeilhan-Trachères a
« concédé en 1906 à Berger et à Laserre les chutes ou
« droits de chutes (riveraineté de la Neste d'Aure) pour
« l'installation d'un éclairage électrique ; que ce traité
« constituait un marché de travaux publics ;

« Attendu que la concession était faite pour une durée
« de 99 années, et en attendant l'accomplissement des for-
« malités administratives, d'ores et déjà pour une durée
« de 18 années ;

« Attendu que la concession pour la durée de 99 années,
« n'ayant pas été approuvée par le Préfet, fut rétractée et
« que, prétendant que les conditions imposées à B. et à L.
« pour la concession de 18 ans n'avaient pas été exécu-
« tées, la commune passa un traité ayant le même objet,
« avec Flandre et Cluzel, industriels, et enfin assigna B.
« et L. pour faire déclarer le traité nul et non avenu ;

« Attendu que B. et L. ont allégué notamment qu'ils
« avaient été empêchés par le maire et par les habitants
« de la commune de procéder aux travaux d'installation
« de l'éclairage électrique et ont demandé, en outre, des
« dommages-intérêts ;

« Qu'il y avait, dès lors, contestation sur l'exécution

(1) *Revue des concessions*, 1923, p. 133.

« d'un marché de travaux publics de la compétence du
« Conseil de préfecture ;

« Par ces motifs, etc... »

Cette solution s'explique par ce fait-qu'il y avait un contrat de concession du service public de l'éclairage électrique de la commune et qu'il y intervenait un élément de travail public pour la construction des ouvrages destinés à assurer le fonctionnement de ce service. Mais il n'y a rien de tel dans l'hypothèse de la concession prévue par la loi de 1919 pour les industriels qui se chargent de l'aménagement des chutes d'eau. On peut très bien supposer qu'un industriel veuille, pour une industrie privée, équiper une chute. Si celle-ci remplit les conditions prévues par l'article 2 de la loi, il devra demander une concession qui lui permettra ensuite d'user des prérogatives prévues par les articles 4 et 5 (droit d'occupation temporaire, d'extraction de matériaux, d'expropriation) dans les conditions prévues par ces articles. Leurs travaux dans cette hypothèse, qui est strictement celle de la loi de 1919, sont des travaux privés bénéficiant exceptionnellement de quelques-uns des caractères des travaux publics.

4. — Enfin, on pourrait songer à faire rentrer dans les concessionnaires d'utilité publique les associations syndicales de propriétaires forcées ou autorisées, si la jurisprudence du Tribunal des conflits n'avait décidé que ce sont de véritables établissements publics. Nous trouvons ici également des particuliers dont l'action, exercée *dans leur intérêt privé*, présente un tel caractère d'utilité publique que le législateur a donné expressément à leurs travaux le

caractère complet de travaux publics. Si cette solution pouvait encore être admise on devrait dire que leurs travaux bénéficient du statut général des travaux publics, mais qu'ils en bénéficient d'une façon spéciale, en ce sens que les diverses prérogatives dont est munie leur activité doivent être strictement limitées à la lettre de la loi. Au contraire, puisqu'il s'agit là, d'après une jurisprudence solidement établie, de véritables établissements publics, de personnes publiques, on doit en déduire que leur activité complète est soumise aux règles du droit administratif et que le fait que leurs travaux sont des travaux publics n'est qu'une application du droit commun.

CHAPITRE III

DE L'INFLUENCE DU DÉFAUT D'EXISTENCE OU DE L'IRRÉGULARITÉ DES
FORMALITÉS EXIGÉES POUR L'ACCOMPLISSEMENT DES TRAVAUX
PUBLICS SUR LA NATURE DE CEUX-CI

SOMMAIRE

I. — *Position du problème et distinction du travail public lui-même
des opérations qui l'accompagne et sans se confondre avec lui :*

1. La doctrine de M. Hauriou. — 2. Elle contient une certaine confusion au sujet des formalités qui accompagnent l'occupation temporaire. — 3. Position précise de la question.

II. — *Etude de la solution qu'il comporte :*

1. Exposé et critique des opinions contenues dans les conclusions de M. de Belbeuf. — 2. Etude de la jurisprudence : a) sa première solution est que l'autorisation est un élément intrinsèque de la nature du travail public ; b) elle a adopté aujourd'hui la solution inverse. — 3. Appréciation de cette jurisprudence.

I

Le problème que nous abordons ici est un des plus obscurs que soulève la définition des travaux publics. La jurisprudence a beaucoup varié à son sujet. Il n'est pas

sûr qu'elle soit à l'heure actuelle absolument fixée. Et les auteurs qui y ont consacré quelques développements ont très souvent confondu la question avec d'autres qui en sont distinctes, bien que se reliant aux opérations de travaux publics.

1. — Le problème a été très bien posé dans une note de M. Hauriou sous un arrêt du Tribunal des conflits du 25 juin 1895 (1) et nous croyons nécessaire d'en reproduire le début :

« L'opération de travaux publics, dit M. Hauriou, dont
« le caractère est si particulier, et dont le contentieux est
« si énergiquement réservé aux Conseils de préfecture,
« doit-elle ce caractère uniquement à son objet, ou bien le
« doit-elle aussi aux formalités administratives dont elle
« est d'ordinaire accompagnée? Telle est la question intéressante que notre décision du Tribunal des conflits,
« rapprochée de nombreuses décisions antérieures, nous
« convie à examiner. »

Et le savant annotateur de faire plus loin une distinction nécessaire :

« Et d'abord, il convient de distinguer entre les formalités administratives qui accompagnent d'ordinaire une
« opération de travaux publics. Il en est qui la précèdent
« et qui n'en font point partie, parce qu'elles se rattachent
« à une autre opération concomitante. C'est ainsi que, lorsqu'une expropriation pour cause d'utilité publique est
« nécessaire à l'exécution d'un travail, cette expropriation

(1) Sirey, 1897. 3. 49.

« demande une déclaration d'utilité publique et des
 « enquêtes ; mais ces formalités sont uniquement relatives
 « à l'expropriation ; elles ne sont point constitutives de
 « l'opération de travaux publics. Cette doctrine a été con-
 « sacrée par un arrêt du Conseil d'Etat du 5 mai 1893,
 « *Sommelet c. commune de Rolampont* (1). Il est d'autres
 « formalités uniquement relatives au marché passé avec
 « l'entrepreneur pour l'exécution du travail public ; elles
 « ne sont pas non plus constitutives de l'opération de tra-
 « vaux publics. Car, malgré des habitudes vicieuses de
 « langage, il ne faut point confondre « marché de tra-
 « vaux publics » et « opération de travaux publics » ; on
 « sait que l'opération de travaux publics peut être exécu-
 « tée de diverses façons, par marché ou entreprise, en
 « régie, par concession ; le marché ou entreprise ne sont
 « donc qu'un mode d'exécution dont l'opération de travaux
 « publics est en soi indépendante. C'est ainsi qu'il a été
 « fort correctement décidé que l'absence d'adjudication
 « publique ne suffit pas à enlever son caractère à une
 « opération de travaux publics, parce que ce n'est qu'une
 « irrégularité du marché. V. Conseil d'Etat, 14 novembre
 « 1879, *Bourgeois*, Lebon, p. 157.

« Mais il est d'autres formalités administratives qui
 « pourraient, à bon droit, être considérées comme consti-
 « tutives de l'opération de travaux publics ; ce sont les
 « décisions des autorités qui sont compétentes pour sta-

(1) S. P. 1895. 3. 1 et la note de M. Hauriou. Cf. C. d'Etat, 26 janv. 1894, *Lebreton*, S. P. 96. 3. 3. Trib. des conflits 26 mai 1896, *de Gasté*, S. P. 96. 3. 33 et la note de M. Hauriou, 6^e et 7^e col.

« tuer définitivement sur le projet des travaux, décisions
« du Conseil général ou du Conseil municipal pour cer-
« tains travaux du département ou de la commune, déci-
« sions de l'autorité supérieure pour des travaux de l'Etat
« ou bien pour des travaux des administrations locales
« qui nécessitent l'intervention de la tutelle ; ce sont encore
« des décisions administratives spéciales qui doivent
« intervenir pour que telle ou telle conséquence des tra-
« vaux publics puisse se produire, par exemple, les arrê-
« tés préfectoraux nécessaires pour l'exercice du droit
« d'occupation temporaire (Décret du 8 février 1868,
« art. 1^{er}. Loi du 29 décembre 1892, art. 1 et 3). Ce sont
« ces formalités administratives de la dernière espèce dont
« nous devons discuter l'influence sur l'opération de tra-
« vaux publics. »

2. — Il nous semble qu'ici, après avoir admirablement posé le problème et les distinctions qu'il comporte, M. Hau-riou commette une confusion en classant le droit d'occu-pation temporaire dans l'opération de travail public, après en avoir exclu l'expropriation pour cause d'utilité publi-que. L'un et l'autre sont des procédés mis à la disposition des personnes publiques pour l'exécution des travaux publics. Dans le cas d'expropriation, si les formalités exi-gées par cette procédure, telles que l'arrêté de cessibilité, ne sont pas accomplies ou le sont d'une façon irrégulière, l'expropriation sera irrégulière, mais le travail pour l'exé-cution duquel elle sera employée n'en sera pas moins un travail public. De même dans l'hypothèse de l'occupation temporaire, si pour l'exécution d'un travail public des ter-

rains sont occupés sans l'autorisation préfectorale requise, cette occupation sera irrégulière et constituera, aux termes d'une jurisprudence d'ailleurs assez vague, une voie de fait, mais le travail en vue duquel cette occupation aura eu lieu n'en sera pas moins un travail public.

3. — C'est d'ailleurs pourquoi M. Hauriou est ensuite obligé de distinguer dans sa note le cas des arrêtés préfectoraux nécessaires à l'exercice du droit d'occupation temporaire et celui où « des opérations de travaux publics n'ont pas été » décidées, dans leur principe même, par les autorités « administratives qui avaient qualité pour les décider ». Il fait cette hypothèse : « Un ouvrage public « construit pour le compte d'une commune, et en vue d'un « service public, mais sans que la construction en ait été « votée par le Conseil municipal, ou bien sans que la délibération dudit Conseil ait été dûment approuvée, a-t-il été « construit en vertu d'une véritable opération de travaux « publics ? En d'autres termes, suffit-il qu'un ouvrage ait « été construit pour le compte d'une personne administrative, ou faut-il encore que la construction en ait été régulièrement décidée par les organes de cette personne « administrative ? »

II

Telle est la façon dont se pose le problème qu'il nous faut résoudre. Les formalités exigées pour qu'un travail public puisse être véritablement accompli, telles que l'autorisation des autorités chargées du pouvoir de tutelle,

sont-elles un élément substantiel de la notion de travail public, à défaut duquel il perde sa nature juridique ?

1. — À ce propos, une distinction, dont le seul mérite nous semble résider dans sa subtilité, avait été faite par M. de Belbeuf, commissaire du gouvernement au tribunal des conflits, dans les conclusions rapportées sous l'arrêt qui les suivit, du 28 mai 1868 (1). Ce magistrat s'exprimait ainsi, croyant résumer l'état de la jurisprudence : « Mais pour créer la compétence administrative, cette condition de présenter le caractère de travaux publics, qui est la première, ne suffit pas à elle seule ; il faut, en outre, d'après une jurisprudence dont on ne saurait trop louer la sagesse, que le travail, exécuté par l'administration ou par les entrepreneurs ou concessionnaires qu'elle se substitue, ait été régulièrement autorisée par un acte de l'administration supérieure ».

Il résultait de cette doctrine curieuse que l'autorisation n'avait aucune influence sur la nature juridique du travail public qui existait sans elle, et qu'elle était simplement une des conditions mises à l'existence de la *compétence administrative*.

Mais cette prétention était contraire à la loi du 28 pluviôse an VIII elle-même qui fonde la compétence administrative sur la seule qualité de travail public. De deux choses l'une : ou bien l'autorisation est un élément substantiel du travail public, et alors la compétence du Conseil de préfecture disparaît en son absence, ou bien elle

(1) Lebon, p. 613.

n'est qu'un élément accidentel et son absence ou sa nullité n'empêche pas le travail d'être un travail public.

Bien plus, l'affirmation de M. de Belbeuf n'était pas seulement contraire à la loi de l'an VIII, elle constituait une interprétation inexacte de la jurisprudence dont elle prétendait rendre compte.

2. — En cette matière, la jurisprudence a subi dans les vingt dernières années du siècle dernier, un revirement complet qu'il est intéressant d'étudier parce qu'il se relie à une transformation des idées quant à la nature du droit administratif lui-même.

a) Pendant très longtemps, la jurisprudence et les auteurs décidaient que le travail public ne pouvait avoir ce caractère que s'il avait été dûment autorisé, c'est-à-dire par le pouvoir compétent dans les formes voulues. On lit notamment dans un arrêt du Conseil d'Etat du 7 janvier 1858, aff. *Fayolle* (1) qu'à défaut d'autorisation, « les travaux ne peuvent être considérés comme travaux publics » (2).

(1) Lebon, p. 27.

(2) Cette solution est encore affirmée dans deux arrêts, l'un du Conseil d'Etat du 17 juillet 1874, aff. *Monnier*, L, p. 696 : « Considérant que les travaux à effectuer à la gare de Nîmes, régulièrement autorisés, présentent le caractère de travaux publics » ; l'autre du Tribunal des conflits du 19 mars 1875, *Cottin*, L, p. 265 : « Considérant que les travaux qui ont donné lieu à l'action du sieur Cottin ont été exécutés par la Compagnie, en sa qualité de concessionnaire des chemins de fer P.-L.-M. . . ; qu'ils ont été autorisés « par une décision du Ministre des travaux publics. . . ; que les « ouvrages exécutés dans ces conditions forment une dépendance de

Mais la jurisprudence fait une distinction à cette époque. Elle déclare que le défaut d'autorisation n'est une cause d'inexistence de la qualité de travail public que dans les rapports avec les tiers. « En l'absence de tout acte administratif, leur imprimant le caractère de travaux publics, « dit un arrêt du tribunal des conflits du 1^{er} mars 1873, « les travaux exécutés par les Compagnies de chemins de fer sur les propriétés d'autrui, même en vue d'un péril imminent, demeurent sous leur responsabilité personnelle et restent soumis à la juridiction des tribunaux civils ». Déjà un arrêt de la Cour de cassation avait donné la même solution le 22 août 1860, aff. *Bosq* (1).

Au contraire, à l'égard des entrepreneurs et pour les litiges nés relativement à l'exécution de leurs contrats entre eux et l'administration, on ne faisait plus dépendre le caractère des travaux de l'autorisation. C'est ce que décide un arrêt du tribunal des conflits du 16 décembre 1881, *Commune de Plaisance* (2), dans un attendu ainsi conçu : « Considérant que l'absence des formalités régulières ne saurait, au regard de l'administration, ôter à des travaux de cette nature le caractère de travaux publics » (3).

« la gare de Bellegarde, et qu'ainsi ils avaient le caractère de travaux publics ».

(1) D. P. 1861. 1. 83.

(2) Lebon, p. 1012.

(3) Cass. civ. 18 juin 1853, *Vast*, S. 54. 1. 44. Nancy, 7 mars 1868, *Bastien*, S. 69. 2. 38. — C. d'Etat, 27 juillet 1877, *Sénart*, L. 741; 3 juin 1881, *Lorenzoni*, 610. — Conflits, 16 janv. 1880, *Valette*, L. 613; 29 juin 1895, *Réaux*, 558.

Enfin, deux remarques nous donneront une idée complète de ce premier état de la jurisprudence.

La première est que les travaux non autorisés qui pouvaient être considérés comme une conséquence de travaux autorisés participaient de la nature de ceux-ci et constituaient des travaux publics. C'est ce que dit expressément un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1868 (1). Il y avait même eu à ce propos un désaccord entre les décisions des tribunaux judiciaires et celles des tribunaux administratifs, ces derniers voulant étendre à ces travaux le caractère de travaux publics que leur déniaient les premiers, et l'arrêt précité de la Cour de cassation marque précisément l'acceptation par des tribunaux judiciaires de la solution dont les autres leur indiquaient la voie (2).

En second lieu, la jurisprudence était hésitante quand il s'agissait de travaux qui avaient été autorisés, mais dont l'autorisation était ensuite annulée comme illégale (3).

b) Cette jurisprudence était, dans son ensemble, assez vivement critiquable. On pouvait lui reprocher surtout de reconnaître à l'autorisation un caractère substantiel dans la nature des travaux publics en ce qui concernait les relations des tiers avec ces travaux, et de le lui dénier

(1) S. 1868. I. 28.

(2) V. à ce propos Ygouf, *Des dommages causés à la propriété par l'exécution des travaux publics*, thèse Paris, 1884, p. 418 et 419.

(3) V. sur ce point Roux, *Des conditions requises pour qu'un travail constitue un travail public*, *Revue générale d'administration*, 1906, p. 142 sq.

pour les rapports entre l'administration et l'entrepreneur ou le concessionnaire.

Aussi le tribunal des conflits s'engagea-t-il dans un sens opposé par deux arrêts des 18 février 1893 (1) et du 29 juin 1895 (2). Cette seconde décision déclare en particulier que « le fait que les délibérations concernant l'exécution d'un projet seraient entachées de certaines irrégularités ou n'auraient pas été expressément approuvées par l'autorité préfectorale, ne saurait enlever à ces travaux le caractère qu'ils tiennent de leur objet ».

Et de plus en plus, les tribunaux administratifs tendirent à écarter tout rapprochement entre les formes antérieures des autorisations de travaux publics et la nature même de ces travaux (3).

Les tribunaux judiciaires n'entrèrent pas tout de suite dans cette voie. Ils continuaient à exiger la nécessité d'une autorisation régulière pour que les travaux fussent des travaux publics et que la compétence administrative fût justifiée. Leur jurisprudence était d'ailleurs approuvée par maints auteurs. L'un d'eux, M. Mestre, dans une note (4) sous un arrêt de la Chambre des requêtes du 20 juin 1899, aff. *Cognard*, s'exprimait en ces termes : « La manière de voir des tribunaux judiciaires qui s'attachent au caractère purement formel de l'opération, à raison de la présence ou de l'absence des formalités

(1) D. P. 1894. 3. 34.

(2) S. 97. 3. 49 et la note de M. Hauriou déjà citée.

(3) En ce sens : Conflits, 2 mars 1901, p. 253.

(4) Sirey 1900. I. 265.

« administratives, nous paraît plus prudente. La loi a
« imposé à l'administration une procédure spéciale ; si
« elle s'y soumet, nous sommes en présence d'actes
« administratifs réguliers, actes d'autorité ou de gestion,
« qui peuvent bénéficier d'une compétence de faveur. En
« l'absence des formalités prescrites ou dans l'hypothèse
« où elles seraient intervenues tardivement, nous nous
« trouvons en présence de simples voies de fait, qui ne
« sauraient à aucun titre motiver cette compétence de
« faveur, mais qui, plus susceptibles encore que des actes
« réguliers d'empiéter sur les droits des particuliers, doi-
« vent par conséquent être soumis à la juridiction des tri-
« bunaux ordinaires, au point de vue des conséquences
« dommageables qu'ils peuvent entraîner ».

Néanmoins, la Cour de cassation se rangeait peu après à la solution du Tribunal des conflits par deux arrêts, l'un de la Chambre civile du 1^{er} décembre 1902 (1), l'autre de la Chambre des requêtes du 25 janvier 1904 (2).

On peut donc dire qu'à l'heure actuelle, l'existence des formalités prescrites par la loi n'est pas nécessaire pour que les travaux des personnes publiques aient le caractère de travaux publics.

3. — Nous croyons que cette solution doit être pleinement approuvée. Son adoption se rattache à une évolution qui s'est produite dans tout le droit. M. Hauriou disait avec raison, dans la note que nous avons citée en tête de

(1) D. P. 1903. 1. 87.

(2) D. P. 1904. 1. 297.

ce chapitre, que le droit administratif n'est pas formaliste et s'attache de préférence au fond des choses et que la théorie du recours pour excès de pouvoir en est une illustration bien connue (1). Nous croyons qu'en règle générale le droit tout entier a intérêt à n'être pas formaliste et à s'attacher de façon exacte à la réalité des choses dont il a à régler l'ordonnance. C'est en fonction de leur nature, c'est-à-dire de leur but, qu'il donne à certains intérêts humains particuliers le caractère de droits véritables, qu'il en assure la stabilité et la sécurité. Aussi approuvons-nous pleinement la jurisprudence qui, en matière de travaux publics, a écarté un critérium dont un élément était purement formel pour s'attacher à l'essence même de l'opération de travaux publics.

Nous avons vu un des éléments de ce critérium se dégager de la qualité de la personne qui entreprend le travail. Mais cet élément n'est pas suffisant. Il est bien évident que tous les travaux quelconques exécutés pour le compte d'une personne publique ne sont pas des travaux publics. Ce nouvel élément, qu'il nous reste à déterminer, nous allons précisément le trouver en recherchant le but que doit se proposer la personne publique dans l'exécution d'un travail public. Et puisqu'il s'agit de rechercher, en l'absence de tout critérium légal, une condition d'application d'un des privilèges spéciaux dans lesquels s'analyse le droit administratif, nous allons, en conséquence, avoir à déterminer, dans la seconde partie de cet ouvrage, quel

(1) V. à ce propos *infra*,

but doit poursuivre l'activité de l'administration pour bénéficier de l'application de ces privilèges. Ici, encore, comme dans tout le droit, c'est en considération du but poursuivi par une activité qu'une réglementation juridique trouvera son application.

DEUXIÈME PARTIE

A QUELLES CONDITIONS LES TRAVAUX ACCOMPLIS POUR LE COMPTE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE SONT-ILS DES TRAVAUX PUBLICS ?

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERS CRITÉRIUMS PROPOSÉS ET LA SOLUTION ACTUELLE DE LA JURISPRUDENCE

SOMMAIRE

- I. — *Position de la question et difficulté de la détermination d'un critérium :*
1. Pas de définition légale ; d'où nécessité de remonter aux principes généraux. — 2. Mais la distinction de l'autorité et de la gestion n'a jamais pu donner un critérium en matière de travaux publics. — 3. Aussi la jurisprudence a-t-elle beaucoup hésité.
- II. — *Travail public et expropriation pour cause d'utilité publique :*
1. On ne peut pas trouver là un critérium.
- III. — *Travail public et domaine public :*
1. On croit fréquemment qu'il y a interdépendance entre ces deux

notions. — 2. Quelques arrêts semblent l'admettre. — 3. Mais il y a des travaux privés qui s'exécutent sur le domaine public. — 4. Et surtout il y a des travaux publics qui sont accomplis sur le domaine privé et même sur les propriétés de particuliers. — 5. Donc pas ici de critérium, mais correspondance très fréquente.

IV. — *Travail public et service public :*

1. C'est le critérium de M. Jèze. — 2. Exposé de la doctrine de cet auteur. — 3. Ses conséquences au point de vue général et au point de vue particulier des travaux publics.

V. — *Le critérium jurisprudentiel :*

1. La jurisprudence repousse le critérium de M. Jèze. — 2. Si la jurisprudence emploie le mot « service public », ce n'est pas dans le sens que lui donne M. Jèze. — 3. La jurisprudence emploie les expressions : utilité publique, intérêt public, service public. — 4. Mais elle les entend comme synonymes. — 5. Elle rejette comme trop étroite la notion de service public de M. Jèze. — 6. L'opinion de M. Hauriou et quelle est en définitive le fondement du droit administratif ?

I

Il s'agit maintenant de déterminer les conditions nécessaires pour que les travaux accomplis pour le compte des personnes publiques aient le caractère de travaux publics. La doctrine et la jurisprudence ont beaucoup varié, beaucoup hésité sur ce point. La jurisprudence est à peu près fixée depuis une vingtaine d'années. Quant à la doctrine, elle demeure, jusque dans l'appréciation de la jurisprudence, très divisée.

1. — La difficulté du problème à résoudre provient sans aucun doute de ce que le législateur n'a pas défini les élé-

ments constitutifs de la notion de travail public et que l'on doit chercher dans les principes généraux du droit administratif les raisons d'une solution. Il s'agit, en définitive, de rechercher à quelles conditions l'action des personnes morales publiques se trouvera soumise aux règles du droit administratif, échappera à celles du droit privé. On comprend, dès lors, que la jurisprudence ait beaucoup hésité.

2. — On sait, en effet, que pendant toute la seconde partie du siècle dernier, elle fondait l'application du droit administratif à l'activité des personnes publiques sur une distinction qu'elle établissait dans les formes que pouvait revêtir cette activité, sur la distinction de la puissance publique et de la patrimonialité, des actes d'autorité et des actes de gestion. Si cette distinction, aujourd'hui abandonnée par la jurisprudence, avait le mérite de reposer sur une donnée rationnelle, à savoir qu'il est des cas où l'activité de la personne publique, ne présentant aucun caractère d'intérêt général, doit être soumise aux règles ordinaires du droit privé, elle était incapable de nous fournir le critérium précis des travaux publics. Sans doute, est-il des cas où les travaux accomplis par une personne publique ressemblent tellement aux travaux des particuliers, présentent si peu un caractère d'intérêt général, qu'on ne peut leur attribuer la qualité de travaux publics. C'est une commune qui fait, dans une prairie lui appartenant et qu'elle afferme à un simple particulier, des travaux d'aménagement, d'irrigation. On ne peut évidemment songer à qualifier ce travail de travail public.

Mais s'agissant par exemple de l'aménagement d'une mairie qui constitue, aux termes d'une jurisprudence d'ailleurs très judicieuse, un travail public, la distinction de l'autorité et de la gestion demeurerait impuissante à nous dire qu'il y a là un travail public. L'entretien d'un édifice public ne diffère pas en soi de l'entretien d'un édifice privé ; d'où la nécessité de chercher un nouveau principe pour compléter le principe général et de faire appel à un élément supplémentaire.

3. — Aussi pendant toute la période où elle admet, comme base de la séparation des compétences, la distinction des actes d'autorité et de gestion, la jurisprudence hésite-t-elle sur le choix de la pierre de touche qui lui permettra de reconnaître le travail public. Tantôt s'attachant aux prérogatives dont bénéficie la confection des travaux publics, elle va chercher son critérium dans la notion d'expropriation ; tantôt, s'inspirant de ce fait que le travail public est toujours immobilier, elle va se fonder sur la nature juridique du domaine sur lequel sera exécuté le travail, tantôt enfin, faisant une analyse plus profonde de l'activité des personnes publiques, va-t-elle chercher son critérium dans l'objet même du travail. Enfin, le jour où la jurisprudence administrative, renonçant à envisager le principe de la séparation des pouvoirs comme une fiction, à considérer sa compétence comme exceptionnelle, le jour où, pénétrant dans une analyse plus approfondie de la nature du Droit administratif, elle lui aura donné une base logique fondée sur la considération même des divers buts de l'activité administrative, le critérium

qu'elle aura retenu ici lui donnera là une solution, le principe qui lui fournira la clef de la séparation des pouvoirs lui permettra aussi de définir le travail public. Ainsi la loi du 28 pluviôse an VIII apparaîtra comme un texte normal et de droit commun, comme une application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, en ce qu'elle attribue aux tribunaux administratifs la connaissance des litiges soulevés par l'exécution des travaux publics. Elle ne sera considérée comme un texte d'exception que parce qu'elle soustrait leur contentieux au juge administratif de droit commun, au Conseil d'Etat, pour l'attribuer aux Conseils de préfecture.

Nous voudrions montrer et critiquer les divers critères auxquels la jurisprudence et la doctrine ont voulu rattacher la notion de travail public avant de pénétrer dans l'examen du principe qui est actuellement dégagé.

II

On a voulu pendant un certain temps établir un lien entre le travail public et l'expropriation pour cause d'utilité publique. On disait qu'il y aurait travail public toutes les fois qu'il pourrait y avoir expropriation pour cause d'utilité publique et que, par conséquent, les travaux publics étaient ceux qui pouvaient faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique.

I. — A dire vrai, ce critérium n'a jamais été sérieusement retenu par la jurisprudence et il ne peut nous donner aucune solution.

La loi de 1841 déclare, en effet, que l'expropriation pour cause d'utilité publique pourra être employée pour l'exécution des travaux publics. Dire après cela que les travaux publics sont ceux qui peuvent entraîner la procédure d'expropriation, c'est ne rien dire du tout et résoudre la question par la question.

Au surplus, si on peut dire à la rigueur que l'expropriation pour cause d'utilité publique suppose toujours l'exécution d'un travail public, à moins qu'un texte législatif exprès n'ait permis d'exproprier pour permettre à une activité privée de s'exercer, comme c'est le cas en matière de mines ou d'exploitation d'énergie hydro-électrique (1), on ne peut pas dire que pour tous les travaux publics on puisse employer l'expropriation. Il en est qui, par leur nature, ne s'accommodent pas de cette procédure, car il en est qui peuvent s'exécuter sans aucun empiètement sur des propriétés privées.

Supposons que pour l'établissement d'un ouvrage public tel qu'un hôpital, il faille s'emparer de propriétés privées ; il faudra les exproprier. Mais qu'il s'agisse simplement de l'entretien d'un ouvrage public et non de sa création, il n'y aura aucun contact avec les propriétés privées et aucun besoin d'expropriation, et pourtant, la jurisprudence est sur ce point formelle, il y a là un travail public.

Il ne faut pas se le dissimuler, c'est une mauvaise méthode que celle qui consiste à définir le principal par l'accessoire.

(1) V. à ce propos la note de M. Hauriou sous Conseil d'Etat, 2 décembre 1904, au Sirey 1906. 3. 65.

Aussi bien, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est-elle toujours refusée à trouver dans la procédure d'expropriation le critérium des travaux publics. C'est en ce sens qu'un arrêt du Conseil d'Etat du 5 mai 1893, aff. *Sommelet* (1) décide : « que la circonstance que la commune a acquis de gré à gré le droit de disposer de cette source et a pu exécuter le projet sans recourir à une déclaration d'utilité publique n'est pas de nature à modifier le caractère des travaux ».

Cette décision a d'ailleurs été reprise et maintenue par la suite (2).

III

Est-ce alors la nature juridique du domaine sur lequel est exécuté le travail qui nous fournira le critérium définitif du travail public ? Peut-on dire que les travaux publics sont ceux qui sont exécutés sur le domaine public et que ceux qui le sont sur le domaine privé sont des travaux privés ?

1. — Cette opinion est très accréditée. Quelques décisions ont semblé l'adopter, et certains auteurs, tels que MM. Serrigny, Christophe, Tarbé de Vauxclairs, ont posé que les travaux publics étaient accomplis dans l'intérêt du domaine public.

Il est exact, en effet, que d'une façon très générale, on

(1) D. P. 1894. 3. 49.

(2) Ainsi Conseil d'Etat, 1^{er} mars 1895, L., p. 206 ; 22 fév. 1897, L., p. 121 ; 19 fév. 1904, L., p. 141.

puisse dire que les travaux publics sont exécutés sur le domaine public, pour son aménagement. Mais les deux notions de domaine public et de travail public ne correspondent pas exactement en fait et le critérium que nous cherchons ne peut encore pas se trouver ici.

Bien entendu, nous n'avons pas à prendre parti dans la question toujours ouverte de savoir quand il y a domaine public. Il nous semble que la jurisprudence générale du Conseil d'Etat est fixée à cette notion qu'il y a domaine public quand il s'agit d'un immeuble affecté à un service public ou à l'usage direct du public. Nous tenons, sans avoir à l'apprécier, cette jurisprudence comme acquise.

2. — Quelques arrêts semblent bien admettre que le travail public est celui qui est exécuté sur le domaine public. C'est ce qui semble se dégager notamment d'un arrêt du Conseil d'Etat du 6 août 1910 (1) qui dispose :
« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'accident
« dont le sieur Délaude a été victime, doit être attribué
« à la fissure d'une conduite de gaz installée dans les cabinets d'aisance situés à l'intérieur de l'appartement
« occupé par ce dernier ; que l'entretien de cette conduite,
« située *hors de la voie publique*, constituait un travail
« *privé* ; que, dès lors, les dommages pouvant résulter de
« l'entretien défectueux de cette canalisation ne sont pas
« de ceux dont la juridiction administrative est appelée à
« connaître. »

(1) D. 1912. 3. 116.

Mais cet arrêt ne peut être considéré comme adoptant le principe que les travaux publics sont ceux qui sont exécutés sur le domaine public. Il n'est, en effet, pas formel sur ce point, tandis, d'autre part, que de nombreuses décisions ont dénié à des travaux accomplis par les personnes publiques sur leur domaine public le caractère de travaux publics et que d'autres ont reconnu ce caractère à des travaux accomplis pour le compte des mêmes personnes sur leur domaine privé et, ce qui est plus, sur le domaine de simples particuliers.

3. — Pendant longtemps, la jurisprudence a admis qu'il y a des travaux privés qui s'exécutent sur le domaine public pour le compte des personnes publiques.

Il en fut ainsi au sujet des canalisations d'eau ou de gaz qui, venant d'une conduite principale, desservent les maisons particulières. Il ne s'agit plus ici des portions de conduites situées dans les propriétés privées. On sait que la distribution de l'eau ou du gaz se fait par une conduite principale placée sous la voie publique et que de ces conduites principales partent des conduites secondaires qui fournissent l'eau ou le gaz aux maisons qui bordent la voie publique. Il y a donc une partie de ces conduites secondaires, de ces branchements, qui est située sous la voie publique, dans le domaine public.

A l'occasion de ces branchements, le Conseil de préfecture de la Seine s'est prononcé, le 16 janvier 1906, pour la compétence judiciaire dans les circonstances suivantes : Le propriétaire d'une maison ayant été obligé par la commune de Saint-Denis de conduire à l'égout public les eaux

de son immeuble, demanda que la commune fût condamnée à payer les frais de l'excédent de tuyautage résultant du fait que l'égout public, au lieu de passer dans l'axe de la rue, passait sous le trottoir opposé.

Sa requête fut rejetée par ce motif « que le branchement construit pour mettre en communication l'immeuble de la requérante avec l'égout de la rue du Landy a été uniquement établi dans l'intérêt de la propriétaire et qu'à aucun point de vue il ne constitue un travail public ; que, par suite, il n'appartient pas au Conseil de préfecture de connaître des difficultés auxquelles il peut donner lieu. »

Le Conseil d'Etat a hésité sur cette question. Après avoir jugé en 1876 (1) que les canalisations établies dans l'intérêt des particuliers ne sauraient avoir, pour ce motif, le caractère de travail public, il a admis, dans divers arrêts (2), que les embranchements particuliers constituent *l'accessoire* de la conduite principale et que, dès lors, la pose de ces branchements constitue un travail public. Sur le même motif, est fondé un arrêté du Conseil de préfecture du Pas-de-Calais (3).

Une décision du Tribunal des conflits du 23 mars 1907, aff. *Roumens* (4), semble bien être revenue à l'ancienne solution du Conseil d'Etat qu'adoptait l'arrêté du Conseil de préfecture rapporté ci-dessus, encore que cette décision

(1) D. 1877. 3. 5.

(2) 9 juin 1899, D. 1900. 3. 89 ; 13 déc. 1901, D. 1903. 3. 37.

(3) *Pandectes françaises*, 1901, 4^e partie, p. 4, et un jugement du Tribunal civil de la Seine (*Gaz. des Trib.*, 1^{er} oct. 1906).

(4) S. 1909. 3. 94.

soit assez vague et qu'il soit difficile de savoir si la solution qu'elle consacre s'applique uniquement à la portion des branchements située dans les propriétés privées ou à la totalité de ces branchements.

4. — Mais si la question est douteuse sur ce point, il est certain que des travaux publics peuvent être exécutés en dehors du domaine public et que dès lors, la notion de domaine public ne peut nous fournir un critérium pour la définition du travail public.

C'est ce qu'a décidé notamment le Conseil d'Etat dans un arrêt du 6 mars 1866, aff. *Lafond* (1). Il s'agissait des travaux de construction de l'établissement thermal de Néris. Le requérant soutenait que c'était à tort que le Conseil de préfecture s'était déclaré compétent pour connaître du litige soulevé par ces travaux, motif pris de ce que ledit établissement rentrant dans le domaine privé de l'Etat, les travaux ne pouvaient être des travaux publics. Sur les conclusions du commissaire du gouvernement Aucoc, le Conseil d'Etat a rejeté cette prétention et a refusé de s'attacher à la nature juridique du domaine où sont exécutés les travaux pour déterminer le caractère de ceux-ci.

Dans une autre hypothèse, un département avait pris à bail d'un particulier un immeuble afin d'y installer une caserne de gendarmerie. Certains travaux d'aménagement étaient nécessaires qui devaient être adjugés comme le sont les travaux publics, encore qu'en définitive leurs frais

(1) D. 1867. 3. 10, avec les conclusions de M. Aucoc.

dussent être supportés par le bailleur de l'immeuble. Des difficultés s'étant élevées relativement à ces travaux entre l'entrepreneur, le propriétaire et le département, le Conseil d'Etat reconnut que le Conseil de préfecture était compétent pour en connaître parce qu'il s'agissait de travaux publics, encore qu'ils fussent exécutés sur une propriété privée (1).

Très souvent, en effet, des travaux publics s'exécutent sur des propriétés particulières. Il en est ainsi des travaux qui ont pour objet l'établissement des lignes télégraphiques et téléphoniques. Depuis la loi du 28 juillet 1885, l'Etat peut imposer aux propriétaires de maisons particulières l'obligation de supporter ses fils électriques et c'est le Conseil de préfecture qui est, en principe, compétent, pour juger les litiges soulevés par cet établissement (2).

On sait d'autre part que les travaux des associations syndicales forcées ou autorisées sont des travaux publics, encore qu'accomplis sur des propriétés privées.

Mais si dans ces deux exemples, le doute subsiste parce que, dans les deux cas, on peut invoquer un texte formel imposant à ces travaux le caractère de travaux publics, il est des exemples plus probants.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, par un arrêt du 22 mars 1922, *Ministre des régions libérées c. Consorts Debruyn-Dolez* (3), a décidé formellement que les travaux de déblaie-

(1) C. d'Etat, 10 mars 1869, aff. *Dupuy-Chaffray*, D. 70. 3. 111.

(2) La loi du 12 juin 1906, art. 12, a d'ailleurs accordé les mêmes droits aux concessionnaires de distributions d'énergie électrique déclarées d'utilité publique, avec stipulation que l'indemnité qui pourrait être due serait fixée, sauf accord, par le juge de paix.

(3) Lebon, p. 255.

ment des régions libérées étaient des travaux publics. Il s'agit cependant là sans aucun doute de travaux exécutés sur des propriétés privées (1).

5. — En définitive, il faut admettre qu'on ne peut trouver dans la distinction du domaine public et du domaine privé le critérium des travaux publics. Et si, néanmoins, il y a très souvent correspondance entre le domaine public et le travail public, n'est-ce pas qu'il y a à la base de ces deux théories une seule et même notion, une notion plus vaste, que l'on doit découvrir en pénétrant dans l'examen des principes fondamentaux du droit administratif lui-même, et qui nous donne la clef du problème auquel nous nous heurtons ?

IV

1. — Cette notion, ce critérium général de l'application du droit administratif qui va nous permettre de déterminer spécialement à quelle condition définitive les travaux des personnes publiques sont des travaux publics, c'est, au dire de nombreux auteurs de l'école moderne, la notion

(1) On pourrait peut-être tirer argument de ce fait que les travaux d'entretien des églises sont des travaux publics en vertu de l'arrêt commun de Montségur que nous allons retrouver plus loin. Mais la condition juridique des édifices du culte est trop discutable pour que nous puissions le faire. Si beaucoup d'auteurs pensent qu'il y a là un domaine privé affecté au culte, nous croyons qu'il y a domaine public parce que l'affectation directe d'un immeuble à l'usage du public nous paraît un critérium suffisant de la domanialité publique. V. Durnerin, *La condition juridique des édifices du culte*. Thèse Paris, 1923.

de service public. On sait que c'est M. le professeur Jèze qui s'est fait le champion de cette idée du service public et qu'à sa suite elle a pris une vogue considérable et d'ailleurs méritée.

En posant, comme l'a fait le savant professeur, la notion de service public à la base du droit administratif, il a eu le mérite de rappeler l'attention sur cette idée capitale que les agents publics n'agissent pas dans leur intérêt propre, mais dans un but déterminé qui est de rendre au public, à la collectivité, un certain service. Mettant ainsi en relief la notion du but de l'activité administrative, montrant son importance capitale que tous ceux qui ont étudié la théorie si féconde du détournement de pouvoir connaissent bien, M. Jèze a fait une œuvre extrêmement utile, malgré que dans son essence même, dans les éléments dont elle use, elle nous paraisse fortement discutable.

2. — Pour M. Jèze, l'administration peut, pour satisfaire à un besoin d'intérêt général, opter entre deux procédés : « a) le procédé du droit privé, celui dont usent « les simples particuliers quand ils donnent satisfaction « aux besoins d'intérêt général; b) le procédé du service « public » (1).

Ce n'est que lorsque l'administration aura choisi le second procédé que son action bénéficiera de l'ensemble des prérogatives en quoi s'analyse le droit administratif. Le droit administratif donne à l'administration la faculté

(1) Jèze, *Principes généraux du Droit administratif*, 2^e édit., p. 241.

d'user de certaines prérogatives, d'imposer dans l'intérêt général certaines charges aux particuliers ; ce n'est que lorsqu'elle aura adopté le *procédé du service public* que l'administration pourra bénéficier de ce régime spécial qu'est le droit administratif.

« Dire, poursuit M. Jèze (1), que, dans telle hypothèse, « il y a service public, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à des besoins d'intérêt général, il y a un régime juridique spécial et que ce régime peut être modifié à tout instant par les lois et règlements.

« Toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales, qui, toutes, ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible, satisfaction aux besoins d'intérêt général, et ces règles, pour ces raisons mêmes, sont susceptibles d'être modifiées à tout instant ».

Qu'est-ce donc que le service public ?

C'est, nous dit M. Jèze (2), « un *procédé* juridique par lequel satisfaction est donnée par l'administrateur à un besoin d'intérêt général. Pour qu'il y ait *service public*, il faut donc trois choses : 1° satisfaction d'un besoin d'intérêt général ; 2° par l'administration ou pour le compte de l'administration ; 3° par un *procédé* spécial ».

(1) *Op. cit.*, p. 242.

(2) *R. Dr. public*, 1916, p. 363.

Quant à la question de savoir si nous sommes en présence d'un service public, c'est affaire d'interprétation de la volonté du législateur et selon qu'il résultera de cette interprétation que le législateur a voulu ou non pourvoir à un besoin d'intérêt général par le procédé du service public, l'activité de l'administration échappera à l'application du droit administratif ou y sera soumise.

3. — Il y a donc un degré d'intérêt général où le législateur permet l'application du droit administratif, par le choix du procédé du service public, et seul le législateur, le Parlement et les autorités investies d'un pouvoir réglementaire ont compétence pour décider de l'application du droit administratif à la satisfaction d'un besoin public par le recours au procédé du service public.

D'où il résulte logiquement que l'administration ne peut, en principe, bénéficier des prérogatives du droit administratif que si le législateur a organisé un service public pour satisfaire à un besoin d'intérêt général et dans la mesure où il l'a fait. Que si par conséquent le législateur a omis de permettre la création d'un service public pour la satisfaction d'un besoin public quelconque, l'action de l'administration pourvoyant à la satisfaction de ce besoin restera soumise à l'empire du droit privé et les tribunaux en particulier n'auront pas la faculté de permettre l'application des règles spéciales du droit administratif, quelle que soit l'importance du besoin public qui réclame satisfaction. Seule « *la loi*, au sens *matériel* et au sens *formel* » (1),

(1) Jèze, *op. cit.*, p. 300.

peut justifier l'application du droit administratif par la création d'un service public.

Telle est, si nous l'avons bien comprise, la doctrine développée par M. Jèze avec une clarté et une précision remarquables.

Il en résulte, du point de vue spécial de la théorie des travaux publics, qu'un travail entrepris pour le compte d'une personne publique ne sera un travail public que s'il est destiné à pourvoir au fonctionnement d'un service public. Et si nous prenons un exemple, nous devons dire, en suivant les doctrines de M. Jèze, que les cultes ne constituant plus, depuis la loi de 1905, un service public, au sens que le savant professeur donne à ce mot, les travaux exécutés pour l'érection ou l'entretien des églises sont des travaux privés, encore qu'ils soient accomplis aux frais des personnes publiques propriétaires.

C'est ce qu'a déclaré M. Jèze dans une critique fort serrée qu'il a présentée dans la *Revue du Droit public* (1) d'un arrêt du Conseil d'Etat du 20 juin 1921, aff. *commune de Montségur*, qui avait reconnu à ces travaux le caractère de travaux publics.

V

1. — La jurisprudence, en effet, ne se rallie pas à la théorie du service public présentée par M. Jèze ; elle ne s'y rallie ni en ce qui concerne les travaux publics, ni même — et ceci nous paraît avoir été peu aperçu —, en

(1) 1921.

ce qui concerne un point quelconque de l'application du droit administratif.

Sans doute, si nous ouvrons les recueils de jurisprudence, trouvons-nous dans les arrêts qui résolvent des questions de compétence, l'expression de « service public ». Sans doute, depuis une vingtaine d'années que la jurisprudence est à peu près fixée sur le principe de la répartition des compétences, les arrêts fondent-ils leur solution sur une certaine notion de service public. Les principaux commentateurs de la jurisprudence depuis une vingtaine d'années nous disent, d'une manière générale, qu'il y a compétence administrative pour tous les litiges qui concernent le fonctionnement des *services publics*.

2. — Mais il nous semble que cette formule n'est exacte, qu'elle ne donne un compte rendu fidèle de la jurisprudence que si on y prend l'expression de « service public » dans un sens autre que celui que lui donne M. Jèze. Nous aurons plus loin à nous expliquer sur les différences qu'il y a entre ces deux notions de service public. Nous allons pour le moment constater qu'en ce qui concerne les travaux publics le critérium adopté par la jurisprudence est une notion plus large, la notion d'utilité publique, d'utilité générale.

3. — Nous trouvons de nombreux arrêts nous donnant cette solution : les travaux publics sont ceux qui sont accomplis pour le compte d'une personne publique, dans *un but d'utilité publique, d'utilité générale, d'intérêt public*.

C'est ce que décide notamment un arrêt du Tribunal des conflits du 1^{er} août 1896 (1) qui déclare qu'il y a travail public « si le travail est régulièrement arrêté par décision « de l'autorité supérieure dans un but d'*utilité générale*. »

Cette solution était acquise depuis très longtemps. Déjà un arrêt du Conseil d'Etat du 7 février 1809, *Ville de Marseille c. Chardigny*, en avait ainsi décidé, à l'occasion de sculptures destinées à l'embellissement d'un édifice communal : « Considérant, dit cet arrêt, que les ouvrages qui « ont pour objet l'*utilité publique* ou la *jouissance du public*, tels que les monuments dont s'agit, sont com- « pris sous le nom de travaux publics. »

De même, dans un arrêt très récent du Conseil d'Etat (2), une expression analogue se retrouve : les travaux dont il s'agit, y lit-on, « n'ont pas eu pour objet l'*intérêt public*, notamment l'amélioration du chemin ou de la « circulation, mais ils ont été faits dans l'intérêt exclusif « des sieurs Bellefilie et Leveau. »

Par contre, nous trouvons des arrêts qui rattachent leur solution à la notion de service public. Ainsi le Conseil d'Etat, le 19 janvier 1922, aff. *Chambre des députés* (3), a décidé « que le Palais Bourbon, affecté par la loi du « 22 juillet 1879 au service de la Chambre des députés, c'est-à-dire à un *service public*, est une propriété de « l'Etat, et que les travaux à effectuer dans ce Palais à « l'aide de crédits inscrits au budget de l'Etat ont essentiellement le caractère de travaux publics. »

(1) au Lebon, p. 637.

(2) 23 nov. 1921, *sieur Gosson*, L, p. 964.

(3) Lebon, p. 62.

Faut-il conclure de la diversité des expressions employées par ces décisions, dont on pourrait allonger presque indéfiniment la liste, que le Conseil d'Etat est toujours hésitant sur le critérium qui doit fonder le travail public ? Qu'il oscille entre la notion de service public et d'autres ?

Nous ne le croyons pas.

4. — Il nous semble que lorsque le Conseil d'Etat emploie l'expression de service public, il ne l'entend pas dans le sens que lui donne M. Jèze, mais qu'il la prend comme absolument synonyme de l'expression « utilité publique ».

Nous pensons en trouver la preuve dans la jurisprudence elle-même, malgré qu'on sache la difficulté qu'il y a à tirer une doctrine précise des décisions du Conseil d'Etat, qui craint toujours de lier sa jurisprudence par des principes trop rigides.

Pour déterminer le signe qui permet de reconnaître les travaux publics, Aucoc faisait, le 6 mars 1866, dans des conclusions au Conseil d'Etat (1), aff. *Lafond*, le raisonnement suivant qu'il présentait d'ailleurs comme le commentaire de la jurisprudence.

« Ce signe, nous le trouvons, avec la jurisprudence « aujourd'hui constante et unanime du Conseil d'Etat et « de la Cour de cassation, dans l'*utilité publique* des travaux. »

Et tirant argument, pour résoudre l'espèce qui était en

(1) D. 1867. 3. 10.

question, de la loi du 14 juillet 1856 sur les sources d'eaux thermales pour reconnaître à ces sources le caractère d'utilité publique, Aucoc déclarait : *N'est-ce pas la preuve évidente qu'il y a là utilité publique, service public ?*

On voit que dans ces conclusions, le savant Commissaire du gouvernement prend comme synonyme les deux expressions : utilité publique, service public. A sa suite, le Conseil d'Etat a décidé « que les travaux accomplis par « l'Etat dans l'établissement thermal de Nérès ont un but « *d'utilité publique* et que, dès lors, ils rentrent dans la « catégorie des travaux publics ».

Mais la doctrine adoptée par le Conseil d'Etat nous apparaît beaucoup plus clairement dans un arrêt rendu dans l'affaire *Astruc* (1). Il s'agissait de savoir si la concession par la Ville de Paris d'un emplacement sis aux Champs-Élysées pour la construction d'une salle de spectacles publics, d'un palais philharmonique, était une concession de travaux publics.

M. Corneille, commissaire du gouvernement, a déclaré :
« Ont le caractère de travaux publics les travaux exécutés
« pour le compte d'une personne morale administrative,
« soit qu'ils soient exécutés directement par cette admi-
« nistration même, soit qu'ils le soient par des particuliers
« se substituant à elle, suivant diverses modalités du con-
« trat, mais à la condition que les travaux aient par eux-
« mêmes une *destination d'utilité publique*. Il faut comme
« condition primordiale qu'il s'agisse de travaux dont la

(1) Sirey, 1916. 3. 49 et la note de M. Hauriou, *Revue du Droit public*, 1916, p. 363 et l'étude de M. Jèze.

« cause soit l'exécution *d'un service public* ; il faut que les
« travaux soient faits dans l'intérêt d'une collectivité ou
« d'usagers faisant partie du « public ». La notion de tra-
« vail public, qui entraîne compétence d'attribution du
« Conseil de préfecture, se rattache donc essentiellement
« à la notion de *service public*. »

On saisit tout d'abord, à la lecture de ces conclusions, le caractère vague que M. Corneille laisse à la notion de service public. Il emploie dans le même sens : destination d'utilité publique, service public, intérêt du public. Mais bien plus, il se pose aussitôt la question « Qu'est-ce donc qu'un service public ? » Pour le déterminer, il fait appel à la doctrine et il invoque trois autorités : celle de M. Hauriou, pour qui le service public est un « service technique rendu au public », celle de M. Duguit, pour qui « c'est la « mise en œuvre de l'activité que les gouvernants doivent « obligatoirement exercer dans l'intérêt des gouvernés », et celle de M. Jèze, que nous connaissons, et pour qui c'est un procédé destiné à pourvoir à un besoin d'intérêt public. Or, M. Corneille présente ces trois définitions comme équivalentes ; il considère que celle de M. Jèze n'est que le développement des deux autres. Qu'est-ce à dire quand on sait qu'en doctrine ces trois auteurs ne sont pas d'accord sur cette notion de service public ? C'est que M. Corneille ne s'est attaché qu'au fonds commun de ces trois théories, et ce fonds commun c'est la notion d'utilité publique.

C'est pourquoi d'ailleurs le Conseil d'Etat, craignant que l'on interprêtât sa décision comme l'acceptation d'une théorie du service public à laquelle il ne se ralliait pas, a éprouvé le besoin de s'en expliquer expressément. Il a

déclaré, dans son arrêt *Astruc*, que les travaux dont il s'agissait n'étaient pas des travaux publics parce qu'ils n'étaient destinés « ni à assurer un service public, ni à « pouvoir à un objet d'utilité publique ».

De même, dans la note qu'il a consacrée à cette décision au Sirey de 1916, M. le doyen Hauriou emploie les mots d'utilité publique comme correspondant sensiblement à ceux de service public. C'est ainsi, en effet, que rappelant une décision du Conseil d'Etat de 1863, aff. *Berr*, il expose qu'elle ne posait pas au premier plan la question « du « service public ou de l'entreprise d'utilité publique ».

5. — Enfin, quand la question s'est posée à lui de savoir s'il fallait fonder le droit administratif en général et la notion de travail public en particulier sur le service public au sens où l'entend M. Jèze, ou sur la notion de service public telle qu'il l'avait toujours entendue lui-même, c'est-à-dire comme synonyme d'utilité publique, dans le sens de service rendu au public, le Conseil d'Etat n'a pas hésité, pas plus que M. Corneille, qui, commissaire du gouvernement de nouveau, ne nous paraît pas, comme M. Jèze le lui a reproché, avoir changé d'avis depuis l'affaire *Astruc*. C'est dans l'affaire de la commune de Montségur, jugée le 20 juin 1921 par le Conseil d'Etat (1), que la jurisprudence s'est précisée.

Voici les faits : A l'issue des vêpres de première communion, des enfants se suspendirent au rebord d'un bénitier situé dans l'église de Montségur. Sous leur poids,

(1) *Revue du Droit public*, 1921, p. 363.

celui-ci s'écroula si malencontreusement que l'un d'eux eût une jambe fracturée. Ses parents attaquèrent la commune de Montségur devant le Conseil de préfecture, arguant de ce qu'il s'agissait d'un dommage causé par le mauvais entretien d'un ouvrage public. Le Conseil de préfecture se reconnut compétent et condamna la commune, qui fit appel au Conseil d'Etat. Elle fit plaider l'incompétence du Conseil de préfecture pour le motif suivant : depuis la loi de 1905, les cultes ont perdu leur caractère de service public. Les églises qui y sont affectées ne sont plus destinées à pourvoir au fonctionnement d'un service public, mais d'un service privé ; elles ne peuvent donc constituer que des ouvrages privés. C'était bien soutenir la théorie de M. Jèze : le travail public est celui qui est fait en vue d'un service public.

M. Corneille, commissaire du gouvernement dans cette affaire, conclut à ce que le Conseil d'Etat reconnût aux églises, malgré la Séparation, le caractère de travaux publics. On s'est aperçu en doctrine et en jurisprudence, déclare-t-il, « que travail de service public et travail « public ne sont pas forcément deux expressions qui se « correspondent.... Ce ne sont donc pas seulement les « travaux des services publics qui peuvent se définir travaux publics. La notion est plus large ; après quelques « tâtonnements de doctrine et de jurisprudence, on est « arrivé à la formule suivante : est travail public tout travail ayant une destination d'utilité générale, exécuté « pour le compte d'une personne morale administrative ».

Après avoir ensuite exposé l'état de la doctrine, invoqué toute une jurisprudence à l'appui de son raisonnement et

montré, — ce que nous avons déjà vu — qu'il n'y a pas correspondance entre la notion de travail public et celle de domaine public, M. Corneille fait application aux églises du critérium qu'il vient de déterminer.

Il constate tout d'abord que les travaux d'aménagement et d'entretien des églises se font au compte des communes. Il constate en second lieu que les églises sont affectées à l'usage de la collectivité des fidèles, que cette collectivité n'est pas limitée, qu'elle constitue un public, une généralité, et il conclut, en conséquence, à ce que le Conseil reconnaisse le caractère d'ouvrages publics aux églises, qui sont entretenues par une personne publique, en vue de la satisfaction d'un besoin public.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat a adopté pleinement les conclusions de son Commissaire du gouvernement :
« Considérant, dit cet arrêt, que si, depuis la loi du
« 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de
« l'Etat, le service du culte ne constitue plus un service
« public, l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 porte que
« les édifices affectés à l'exercice du culte continueront,
« sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du
« 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidè-
« les et des ministres du culte pour la pratique de leur
« religion ; qu'il suit de là que les travaux exécutés dans
« une église pour le compte d'une personne publique,
« dans un but d'utilité générale, conservent le caractère
« de travaux publics... »

Tel est l'état de la jurisprudence qu'a critiquée M. Jèze en soutenant que toutes les théories spéciales du droit administratif étaient fondées sur la notion de service public.

6. — Commentant cette décision dans une note parue au Sirey 1921. 3. 49, M. le doyen Hauriou a critiqué l'opinion de M. Jèze et déclaré que la base de tout le droit administratif est une notion autre que celle du service public. Pour lui, « la base du système administratif c'est la « notion de *puissance publique* exercée dans un but d'utilité publique ». Si la notion de puissance publique a contre elle le préjugé historique, déclare M. Hauriou, elle n'est pas moins préférable à celle de service public. « La « notion de puissance publique est plus large et plus « compréhensive que la notion de service public. On ne « fait pas assez attention que baser le droit administratif « sur le service public, c'est l'amputer de moitié. La puissance publique agissant dans l'intérêt public crée et « gère des services publics, c'est entendu ; mais ce n'est là « que l'un de ses modes d'activité ; elle en a un autre qui « est d'émettre des commandements. La puissance publique légifère, elle réglemente, elle émet des injonctions « de police... Le critérium de M. Jèze est trop étroit ; il « laisse en l'air toutes les affectations de choses par commandement direct de la puissance publique et sans « organisation de service public ».

Nous reconnaissons entièrement avec M. le doyen Hauriou que le critérium de M. Jèze est trop étroit, mais nous ne comprenons pas d'une façon très claire comment la notion de puissance publique peut être mise à la base du droit administratif. Elle peut être prise, en effet, dans des sens divers. On peut dire que c'est la qualité que revêt l'activité des agents publics quand leur action bénéficie des prérogatives du droit public, et dire que le droit admi-

nistratif est précisément l'ensemble des prérogatives conférées à l'administration, des attributs de puissance publique dont elle se revêt. Mais ceci n'est que résoudre la question par la question. Puisque nous demandons un critérium qui nous dise à quelles conditions l'action de l'administration bénéficie de ces attributs, est soumise à l'application du droit administratif.

Il nous semble que, dans sa note, M. Hauriou a entendu l'expression de puissance publique dans un sens subjectif et qu'il a voulu parler des autorités étatiques compétentes pour gouverner, — en entendant ce mot : gouverner, dans son sens le plus large. Dès lors, pour M. Hauriou, le droit administratif s'appliquera quand l'autorité publique compétente aura organisé un service public pour satisfaire à un besoin général. Mais il s'appliquera aussi quand elle aura décidé que, sans création de service public, satisfaction sera donnée à un besoin d'intérêt général par les procédés du Droit administratif.

Mais nous pensons que c'est s'arrêter trop vite en chemin. Il reste une question à résoudre : Ce choix par les autorités étatiques du procédé du droit administratif sera-t-il arbitraire? M. Jèze nous disait que seul le législateur pouvait déterminer l'application du droit administratif, parce que seul il avait compétence pour créer les services publics. Puisque sa définition est incomplète, puisque le droit administratif s'applique en dehors du service public, faut-il dire qu'il ne continuera à s'appliquer que lorsque le législateur en aura expressément et affirmativement décidé? Ou bien faut-il dire que les personnes administratives peuvent, discrétionnairement, mais non

arbitrairement, choisir le procédé du droit administratif, en l'absence d'un service public organisé ?

Le droit administratif est-il un ensemble de textes législatifs dont l'application est exceptionnelle ? Ou bien est-ce un droit ayant sa vie propre, autonome, mais dont l'application est néanmoins exceptionnelle par rapport au droit privé ? C'est à cette seconde conception que se rallie M. Hauriou (1). C'est la conception à laquelle est maintenant ralliée la jurisprudence. Mais dans cette conception, pour que le droit administratif s'applique, et puisqu'il y a un contrôle spécial et contentieux qui est celui du Tribunal des conflits, il faut que certaines *conditions de fait* se présentent, qui entraînent cette situation juridique générale. Ces conditions vont apparaître normalement dans la considération de l'intérêt général auquel le droit administratif est destiné à pourvoir.

Et il nous semble que M. Hauriou avait trouvé la solution quand, dans sa note sous l'arrêt *Montségur*, il disait : « La base du système administratif c'est la notion de puissance publique *exercée dans un but d'utilité publique* ». Il l'avait trouvée en faisant intervenir ce second élément : le but de l'activité administrative, la notion d'utilité publique. Et alors, peut-on se demander, n'est-ce pas en dernière analyse cette notion d'utilité publique qui fonde tout le droit administratif ? Peut-on la rendre moins vague et la préciser ?

Nous allons tâcher de montrer, dans nos derniers chapitres, comment cette notion fonde le droit administratif, et ce qu'elle contient.

(1) *Droit administratif*, 1^{re} édit., p. 44 et 45.

CHAPITRE II

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE (ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE)

SOMMAIRE

I. — *Qu'est-ce que la notion d'utilité publique ?*

1. Le droit administratif s'analyse en un certain nombre de prérogatives exorbitantes du droit commun. — 2. La raison de ces privilèges ne peut être trouvée que dans la considération de l'intérêt général. — 3. Mais dans certains cas, il y a intérêt général sans que le droit administratif s'applique. Distinction de l'intérêt général et de l'utilité publique.

II. — *C'est un problème politique et non juridique que de dire les cas où il y a utilité publique :*

1. Le caractère d'intérêt général qui s'attache à la satisfaction d'un besoin général est chose variable. — 2. Exemple de l'évolution qu'a marqué à ce propos le Conseil d'Etat au sujet des entreprises publiques de théâtres. — 3. La même évolution a eu lieu pour l'expropriation pour cause d'utilité publique.

I

1. — Le droit administratif s'analyse incontestablement en un ensemble de règles permettant que des particuliers souffrent dans leurs personnes ou dans leurs biens des

charges exceptionnelles qui dépassent celles que, normalement, un individu peut imposer à un autre. Par l'effet des théories spéciales du Droit administratif, des individus pourront être privés de leur propriété, contrôlés ou réglementés dans l'exercice de leurs libertés individuelles, parfois même cet exercice sera momentanément entravé. D'autre part, certains biens seront soumis à un régime spécial, ils auront une situation juridique propre ; c'est ainsi qu'ils seront retirés du commerce et que personne ne pourra être titulaire de droits privatifs sur eux ; aucune possession n'en pourra permettre l'usucapion.

Il n'y a là aucun doute possible et aussi bien n'est-ce contesté par personne. Si le droit administratif règle l'organisation de l'administration, des divers services publics, il met en second lieu à leur disposition tout un ensemble de prérogatives qui leur permette de faire peser sur les individus et sur leurs patrimoines des charges exceptionnelles.

C'est cette idée qu'exprime M. Hauriou quand, après avoir donné une définition du droit administratif (1), il la reprend et remarque notamment : « qu'elle met en évidence la *prérogative*, c'est-à-dire les droits exorbitants « et les procédures exceptionnelles dont bénéficie l'action

(1) C'est, dit-il (*Droit administratif*, 10^e édit., p. 10 et 11), « cette « branche du droit public qui règle : 1^o l'organisation de l'entre- « prise de l'administration publique et des diverses personnes admi- « nistratives en laquelle elle s'est incarnée ; 2^o les pouvoirs et les « droits que possèdent ces personnes pour actionner les services « publics ; 3^o l'exercice de ces pouvoirs et de ces droits par la pré- « rogative, spécialement par la procédure d'action d'office, et les « conséquences contentieuses qui s'ensuivent ».

« des personnes administratives. Non seulement la prérogative est le caractère le plus remarquable du droit administratif, mais en plus d'une occasion, elle est sa limite ».

C'est encore l'idée qu'exprime M. Jèze : « La notion d'utilité publique n'est pas la même dans les différentes théories du droit public. Les règles spéciales de ces théories s'analysent très ordinairement en des charges pour les individus » (1).

Enfin, l'administration jouit de cet autre privilège que son activité, dans la mesure où elle entrera en contact avec les droits ou les intérêts des particuliers sera, sauf dérogation exceptionnelle, appréciée par des tribunaux spéciaux, les tribunaux administratifs, plus aptes à connaître des nécessités de la vie administrative que ne le seraient les tribunaux de l'ordre judiciaire.

2. — Or comment justifier ce fait que les particuliers puissent être soumis dans certaines hypothèses à des charges exceptionnelles ? Qu'un individu en dépossède un autre ; c'est un vol ; qu'il en empêche la libre circulation, c'est encore un délit. Comment les mêmes actes peuvent-ils devenir légitimes s'ils sont effectués par l'administration ? La raison en doit être cherchée tout naturellement dans la considération des fins poursuivies par l'auteur de l'acte. Et cette fin ne saurait résider dans l'intérêt privé de celui-ci, mais dans un intérêt de nature telle qu'il prime l'intérêt ou même le droit de l'individu qui subit une

(1) *Revue du Droit public*, 1921, p. 362.

charge exorbitante du droit commun. C'est dans l'intérêt général qu'il faut la rechercher.

Cette soumission des intérêts et des droits privés à l'intérêt général est la conséquence obligatoire de la constitution d'une société organisée, d'un Etat. La formation de l'Etat suppose au sein de la collectivité qui est le support de cette personne juridique certains besoins communs à tous ses membres, besoins dont la satisfaction est, par conséquent, d'intérêt général. Si nous supposons les individus isolés, abstraction faite de toute association entre eux, leurs rapports ne sont que des rapports de pur fait, échappant à toute règle de droit (1). Ils peuvent avoir tous certains besoins qui soient les mêmes ; la satisfaction de ces besoins n'apparaît pas comme étant d'intérêt général. Elle ne prend ce caractère que le jour où un certain groupe d'hommes s'est organisé en société politique en vertu de certaines causes, ethnographiques, morales ou autres. Par la constitution de cette société politique, de cet Etat, un régime de droit est établi qui se substitue au régime de fait. Par une série de concessions réciproques, plus ou moins librement, plus ou moins consciemment consenties ou subies, les membres de la collectivité voient se limiter le domaine de leur activité. En second lieu, certaines personnes, les gouvernants, ont le soin, en s'inspirant de certains principes, de modifier, en employant des procédures déterminées, les limites de la sphère d'autonomie privée. Et d'autres organes sont chargés de veil-

(1) Cela n'exclut d'ailleurs pas l'idée qu'il puisse s'imposer à eux une morale individuelle, si l'on admet que la morale est indépendante de toute idée de solidarité humaine.

ler à ce que l'action individuelle ne soit pas gênée dans les limites légales. Par l'effet de ce régime, qui est le régime de droit, l'individu est investi d'une certaine capacité juridique, dans laquelle certains de ses intérêts, plus particulièrement dignes de considération, sont élevés par le droit à la qualité de droits subjectifs et sont, comme tels, juridiquement sanctionnés et consacrés.

Le rôle des gouvernants est donc tout d'abord d'édicter des règles de droit. Mais puisque les hommes sont associés, ce ne peut être qu'en vue de la satisfaction la plus complète possible de leurs besoins communs. Si les hommes sont associés, c'est pour que leurs intérêts collectifs soient satisfaits le plus possible, tout en sacrifiant le moins possible leurs intérêts particuliers. Il en résulte que le pouvoir des gouvernants dans la détermination des règles de droit positif n'est pas arbitraire, quelle que soit d'ailleurs la conception que l'on ait du procédé par lequel ils en sont investis. Ils ne doivent l'exercer qu'en vue du bien de la collectivité dont ils assument la direction ; ce n'est pas pour eux un droit absolu, c'est bien plutôt une fonction. Les règles de droit qu'ils édictent doivent avoir pour fin le développement harmonieux et le plus parfait possible de la vie collective. Ils doivent donc apprécier les besoins collectifs ; c'est en ce sens que l'on peut dire que la règle de droit s'élabore dans la conscience collective, et que le législateur la constate bien plus qu'il ne la forge par lui-même (1).

(1) Nous n'entendons d'ailleurs pas par là que la règle de droit existe en tant que règle juridique véritable, de loi normative dans

La même obligation de n'agir qu'en vue de l'intérêt collectif s'impose également et pour les mêmes raisons aux gouvernants qui sont chargés d'assurer la satisfaction quotidienne des besoins communs des membres de la collectivité que l'Etat concentre et dirige. Que si les individus forment une société politique parce qu'ils ont des besoins communs, la constitution d'une telle société entraîne à son tour de nouveaux besoins collectifs. Si l'organisation juridique de la collectivité réalise la paix entre les membres de celle-ci et limite leurs désirs contradictoires et si, en ce sens, le droit apparaît comme une transaction entre des forces qui s'opposent et se combattent, la constitution de l'Etat entraîne à son tour certaines relations, certain commerce ; il en résulte certains besoins collectifs nouveaux dont la fin est de favoriser ces rapports. Pour satisfaire ces besoins collectifs d'intérêt général, les individus pris isolément, *ut singuli*, seront souvent trop faibles et mal outillés ; la nécessité se fait sentir de coordonner leurs efforts. C'est ce que peut faire par la promulgation d'une règle de droit le législateur s'il considère que l'initiative privée peut, à elle seule, parvenir au résultat cherché. Mais il se peut encore que les difficultés à vaincre soient tellement grandes et que l'intérêt général soit tellement impérieux que la tâche à entreprendre ne puisse être abandonnée à l'initiative privée agissant avec ses moyens normaux d'action. Alors on pourra recourir à deux pro-

la conscience sociale, au sens où l'a indiqué M. Duguit. C'est là une distinction qui nous paraît confondre les points de vue politique et juridique et reposer sur une absence de limites entre le droit et la sociologie.

cédés : Ou bien, quand les difficultés à vaincre résulteront simplement de situations juridiques particulières dont l'intérêt général exige le sacrifice, on donnera à l'action privée, sous certaines garanties, des pouvoirs exorbitants lui permettant d'exiger ce sacrifice. On confiera à des individus, sous un certain contrôle, quelques-unes des prérogatives exceptionnelles de droit public. Le législateur permettra à l'individu qui veut équiper une chute d'eau d'exproprier les propriétés privées nécessaires à cette opération, parce qu'il considère que l'intérêt général exige impérieusement l'utilisation de l'énergie hydraulique. Ou bien ce seront les gouvernants eux-mêmes qui se chargeront de la satisfaction de certains besoins de la collectivité pour lesquels ils auront considéré que leur activité peut être plus utilement exercée que celle de l'initiative privée. Ils le feront en particulier quand l'intérêt général sera tellement impérieux qu'il entraînera la nécessité d'y pourvoir obligatoirement sans attendre l'initiative privée. Ils pourront même envisager qu'eux seuls peuvent le faire, que l'action privée ne pourrait donner que de mauvais résultats, et se réserver à eux seuls la faculté d'assurer ce service public. C'est ainsi qu'ils considéreront que seuls ils peuvent pourvoir aux besoins de la défense et de la police nationales. Et si la satisfaction de tels besoins se trouve entravée par certains intérêts privés, voire même par certains droits de l'individu, il devient tout à fait normal qu'en vue de l'intérêt général, ces intérêts ou ces droits soient sacrifiés. Le législateur, constituant ou non, peut d'ailleurs édicter des garanties et des compensations, exiger l'accomplissement de formalités, le

versement d'une indemnité « juste et préalable », peu importe quant au problème que nous envisageons. Il n'en reste pas moins qu'en face de certains besoins généraux, des situations particulières doivent être bouleversées. Et bien entendu, en vertu de ce principe de bon sens que les procédés employés pour assurer la satisfaction de l'intérêt général doivent, tout en poursuivant la plus parfaite obtention du but qu'ils se proposent, sacrifier le moins possible les intérêts et les droits privés, les gouvernants devront s'efforcer d'atteindre leur objectif par les procédés les moins vexatoires, les moins onéreux, pour les individus. Ils devront s'efforcer d'y parvenir en agissant comme le ferait un simple particulier, en restant sous le régime du droit commun. Ce n'est que s'ils échouent dans cette voie et si, d'autre part, le besoin général qu'ils cherchent à satisfaire est suffisamment impérieux pour qu'il ne puisse être tenu en échec par l'intérêt privé, qu'ils pourront employer des procédures exorbitantes du droit commun et imposer aux particuliers des charges exceptionnelles. Il convient d'ailleurs de noter ici sans y insister — car nous aurons à retrouver ce point dans la suite de nos développements —, que cette appréciation par les gouvernants de la question de savoir s'ils doivent employer des procédures exceptionnelles ou se soumettre simplement au droit commun est chose essentiellement contingente et variable en particulier dans le temps. Suivant les époques, les besoins collectifs sont plus ou moins impérieux, les intérêts et les droits privés plus ou moins sacrés, et en conséquence, on recourt plus ou moins facilement à des procédures exceptionnelles.

3. — Or, le droit administratif, comme nous l'avons constaté, permet d'imposer aux individus des charges exceptionnelles. Grâce à lui, les gouvernants bénéficieront de certaines prérogatives et nous voyons maintenant que la raison en réside dans l'intérêt général auquel ils doivent pourvoir. Nous voyons aussi du même coup que s'il y a des hypothèses où l'action de l'administration reste soumise aux règles ordinaires du droit privé et ne bénéficie pas des prérogatives spéciales du droit public, la raison ne peut en être que celle-ci : c'est que l'intérêt général qu'elle poursuit ne présente pas un degré d'intensité tel qu'il exige le sacrifice des droits de citoyens auxquels il se heurte. Si donc l'activité de l'administration est tantôt soumise au droit privé et tantôt au droit public, si notamment les conflits qu'elle soulève sont tantôt déferés au contentieux ordinaire et tantôt à des juridictions spéciales, les raisons de cette séparation et l'endroit précis où elle s'opérera dériveront normalement de ce qu'un certain degré d'intérêt général sera ou ne sera pas atteint.

Nous pouvons donc, ainsi, arriver à la formule suivante : l'administration ne peut agir qu'en vue de l'intérêt général. La satisfaction de l'intérêt général peut être d'une telle utilité qu'elle exige le sacrifice des intérêts et des droits privés, c'est-à-dire l'emploi des procédures du droit public. Nous disons alors qu'elle présente un caractère d'*utilité publique*. Dans le cas où l'intérêt général n'est pas assez impérieux pour que sa satisfaction apparaisse comme étant d'utilité publique, il ne peut y être pourvu que par les procédés ordinaires du droit privé.

La notion d'utilité publique nous apparaît ainsi comme la base, le fondement même de l'application du droit administratif. Et c'est dans la distinction des cas où il y a simplement intérêt général et de ceux où cet intérêt général revêt le caractère d'utilité publique que doit être cherché le principe de la délimitation des domaines où l'activité administrative reste soumise au droit privé et de ceux où elle bénéficie des privilèges spéciaux du droit administratif. C'est dans cette distinction que doit être cherché en particulier le principe de la séparation des compétences administratives et judiciaires. Quand une commune achète des pavés à un individu, elle agit dans l'intérêt général de la collectivité communale qui a un certain besoin de pavés. A première vue et normalement, la fin immédiate que présente ce contrat est pour la ville la livraison de pavés ; il ne semble pas que dans une telle hypothèse, il soit nécessaire d'appliquer les règles du droit administratif. Le but que se propose la ville n'est pas différent de celui que se proposerait un simple particulier acheteur de pavés. Il en serait tout différemment si le besoin de pavés se faisait sentir avec une telle intensité que sa satisfaction prit le caractère d'utilité publique, dans l'hypothèse d'un état de siège par exemple ; les autorités chargées de pourvoir au fonctionnement des services publics pourraient alors exiger de détenteurs de pavés la livraison de tels matériaux, parce que le caractère d'utilité publique présenté par leur fourniture aurait entraîné l'application des règles spéciales du droit administratif.

Supposons, d'autre part, que la commune confie au fournisseur desdits pavés le soin de les employer au

pavage de certaines voies publiques, le contrat aura alors pour objet de satisfaire au bon fonctionnement de la voirie qui, par hypothèse, présente un caractère d'utilité publique; il sera donc soumis aux règles du droit administratif, et notamment à la compétence administrative. Il en irait tout différemment si le fournisseur des pavés était chargé de les placer dans la cour d'une maison que la commune possède et donne à bail comme le ferait un simple particulier. Ce travail, destiné à l'entretien d'un immeuble communal, présenterait bien sans doute un certain intérêt général. Il n'en serait pas moins un travail privé, parce qu'il ne présenterait pas de caractère d'utilité publique.

II

Nous savons ainsi que l'utilité publique n'est autre chose que l'intérêt général, poussé à un certain degré, qui s'attache à la satisfaction d'un besoin collectif. Et nous savons que ses conséquences sont de permettre l'application des privilèges spéciaux du droit administratif.

Mais peut-on trouver un critérium qui détermine à quel moment la satisfaction d'un besoin collectif présente un caractère d'intérêt général tel qu'on puisse dire qu'elle est d'utilité publique? Nous ne le pensons pas.

1. — Définir le moment où il y a non plus seulement intérêt général, mais encore utilité publique, est une question d'ordre politique et non pas d'ordre juridique. Sans doute, cette définition donnée, il s'ensuivra des con-

séquences juridiques, puisqu'il en découlera l'application du droit public ou du droit privé ; mais les circonstances dans lesquelles on ira chercher les raisons d'une définition et l'opération psychologique par laquelle on fera cette recherche échappent au domaine juridique.

Pour déterminer s'il y a intérêt général sans utilité publique ou s'il y a à la fois intérêt général et utilité publique, les gouvernants auxquels les principes généraux de l'organisation de l'Etat auront donné compétence à cet effet jouiront d'un pouvoir discrétionnaire. Ils auront à examiner les circonstances, le milieu, à tenir compte des intérêts privés qui seront en opposition avec l'intérêt général, à scruter les besoins de la collectivité dont ils ont la charge. Toute cette opération d'appréciation des besoins sociaux est en soi une œuvre politique. Il en résultera des conséquences juridiques (1).

Mais puisqu'il s'agit d'apprécier des circonstances et des besoins sociaux, on conçoit qu'une telle appréciation soit chose essentiellement contingente et variable suivant les époques. Il peut se faire qu'à une époque la satisfaction d'un besoin collectif soit simplement d'intérêt général et non d'utilité publique, et qu'à une autre époque, elle présente un caractère d'utilité publique. La jurisprudence du Conseil d'Etat, à l'occasion des entreprises publiques de théâtres ou de spectacles, a marqué en particulier

(1) Les gouvernants accompliront cette recherche par les procédures et suivant les directives qui leur seront imposées soit par la Constitution écrite soit par la Coutume constitutionnelle de leur pays. Il y aura là certaines limites apportées à leur pouvoir discrétionnaire.

une évolution qui est une illustration frappante de cette idée.

2. — Pendant très longtemps, le Conseil d'Etat décidait que les entreprises municipales ou nationales de spectacles, tout en étant, bien entendu, organisées en vue d'un intérêt général, restaient des entreprises soumises au droit privé. Nombreux sont les arrêts qui en ont ainsi décidé. A ce propos, M. Jèze écrivait : « Ici l'intérêt général « auquel il est donné satisfaction n'est pas considéré « comme de grande importance », et il en concluait, — logique en cela avec la théorie qu'il a émise sur le service public base du droit administratif —, que « dès lors, la « loi ne l'a pas rangé parmi les hypothèses pour lesquelles « le service public était légitime. Les moyens juridiques du droit privé sont donc seuls possibles » (1). De même, dans une note que nous avons déjà rencontrée (2), à l'occasion de l'arrêt *Astruc*, M. Hauriou déclarait qu'il y aurait quelque chose d'immoral à ériger en services publics des théâtres, des établissements de spectacles, dont les représentations peuvent être plus ou moins conformes aux bonnes mœurs.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence, à la fois des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs, s'accordait pour reconnaître que si les entreprises publiques de spectacles avaient un certain caractère d'intérêt général, elles n'étaient pas soumises néanmoins au droit adminis-

(1) Jèze, *Principes généraux du Droit administratif*, 2^e édit., 1914, p. 379 et suiv.

(2) Sirey, 1916. 3. 49.

tratif, que leurs immeubles ne constituaient pas des ouvrages publics, ne faisaient pas partie du domaine public, et que leur concession à des individus ne constituait pas une concession de service public (1).

Nous dirons, suivant la doctrine dont nous venons d'exposer les principes, que malgré leur caractère d'intérêt général, ces entreprises n'étaient pas d'utilité publique et restaient, en conséquence, soumises au droit commun.

Mais les circonstances viennent à changer. Il peut se faire que l'intérêt général qui s'attache à une entreprise théâtrale prenne une telle intensité qu'il devienne d'utilité publique ; et c'est ce qui s'est passé en fait. Dès 1918, la jurisprudence du Conseil d'Etat marque une hésitation. Elle décide que si une commune confie à un particulier l'exploitation d'un établissement théâtral, il y a concession de service public et compétence du Conseil d'Etat (2). Si le contrat a pour objet la construction ou l'exploitation de l'établissement théâtral, il s'agit alors, décide maintenant le Conseil d'Etat, d'un marché de travaux publics soumis à la compétence du Conseil de préfecture en premier ressort et du Conseil d'Etat en appel (3). Cette solution a été, en définitive, consacrée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 1923, *Gheusi* (4). Il s'agissait de

(1) V. not. Cass. 19 juin 1901, *Etat c. Dessance*, S. 1906. I. 41. — C. d'Etat, 3 déc. 1906, *ville de Lyon*, Rec., p. 892 ; 7 avril 1916, *Astruc*, S. 1916. 3. 49.

(2) 28 juin 1918, *Société générale thermale et balnéaire*, Rec., p. 642 ; même solution, 8 août 1919, *Berck*, Rec., p. 742.

(3) 27 avril 1923, *consorts de Fallois*.

(4) *Rev. du Droit public*, 1924, p. 566 avec les conclusions de M. Mazerat et une note de M. Jèze.

l'Opéra Comique et, à ce propos, M. Mazerat s'est exprimé en ces termes : « L'existence de l'Opéra Comique (et généralement des théâtres nationaux) répond à une idée beaucoup plus élevée : contribuer au progrès des arts en France, tout à la fois en perpétuant l'exécution des chefs-d'œuvre classiques et en représentant chaque année un certain nombre d'œuvres nouvelles. Elle entre dans la mission civilisatrice de l'Etat au même titre que les musées nationaux ou l'Ecole des Beaux-Arts. En un mot, elle représente un service public. Comme l'exécution de ce service exige, tant dans l'ordre artistique que que dans l'ordre commercial, des aptitudes que possèdent rarement les fonctionnaires publics, l'Etat l'a concédé. Le contrat passé en 1913 avec les sieurs Gheusi et Isola est, à nos yeux, une concession de service public ».

Nous constatons donc ici, une évolution de l'intensité d'un besoin collectif, évolution telle que sa satisfaction, qui ne présentait primitivement qu'un caractère d'intérêt général et restait en cette qualité, soumise au droit privé, est devenue un jour d'utilité publique et a acquis ainsi le bénéfice des privilèges spéciaux du droit public.

3. — Il peut se faire aussi que dans la satisfaction d'un besoin collectif, on se heurte à des situations particulières et qu'à une certaine époque, on attribue à ces situations un caractère tel que l'on préfère renoncer à lui donner satisfaction, plutôt que de les sacrifier. Et puis le caractère sacré et inviolable de ces situations privées peut s'atténuer avec le temps, tandis que, d'autre part, le besoin collec-

tif auquel il faut donner satisfaction apparaît de plus en plus impérieux. Cela conduit à permettre de plus en plus facilement le sacrifice de ces situations individuelles. C'est une évolution de cette nature qui s'est marquée depuis 1789 dans la théorie de l'expropriation pour cause d'utilité publique. On sait que la Révolution, inspirée par des conceptions d'un individualisme exacerbé, avait proclamé le droit de propriété « inviolable et sacré », et déclaré que nul ne pourrait en être dépossédé sans une juste et préalable indemnité et pour cause de *nécessité publique*. Ce principe, exprimé dans la Déclaration des Droits de l'homme subit déjà quelques atténuations quand il reparait dans le Code civil. On n'exigeait plus la nécessité publique, mais simplement l'*utilité publique*, pour que l'expropriation pût avoir lieu. C'est ce qu'exprime l'article 545 du Code civil : « Nul ne peut être contraint de « céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ».

Mais, depuis le Code civil, cette notion d'expropriation s'est encore considérablement étendue, par suite d'un très grand développement de la notion d'utilité publique. Il faut d'ailleurs noter que cette extension n'a pu être réalisée que par des lois, puisqu'il s'agissait d'autoriser des atteintes chaque jour plus graves aux droits des particuliers, droits qui avaient été constatés et garantis par des lois expresses. Des lois introduisirent tout d'abord la possibilité d'exproprier pour hygiène publique (1). Bien plus, on vint permettre, dans certains cas, d'exproprier pour

(1) Loi du 15 février 1902 et loi du 13 avril 1910.

cause d'esthétique (1). Enfin, la loi du 6 novembre 1918, dans son article 2, complétée par celle du 14 mars 1918, sur le plan d'extension des villes, a étendu encore très largement la notion d'utilité publique en admettant, en ces termes, la possibilité d'expropriation par zone : « L'utilité « de l'expropriation peut être déclarée, non seulement « pour les superficies comprises dans le périmètre des « ouvrages publics projetés, mais encore pour toutes celles qui seront reconnues nécessaires pour assurer à ces « ouvrages leur plus-value immédiate ou d'avenir ; il en « sera notamment ainsi en matière de voirie urbaine, pour « les superficies hors alignement faisant obstacle à un « lotissement rationnel ou non susceptibles de constructions qui s'accordent avec le plan général des travaux ».

Cette évolution de l'expropriation a été motivée incontestablement en premier lieu par une croissance du caractère impérieux de certains besoins collectifs, tels que l'hygiène ou l'esthétique. Elle a été également favorisée en second lieu par une atténuation dans les conceptions sociales du caractère qu'il faut reconnaître au droit de propriété. Ce n'est plus le droit « inviolable et sacré » de la Déclaration de 1789. « Beaucoup à l'heure actuelle, « voient dans le droit de propriété non pas tant un droit « absolu, au sens où l'entendait le droit romain et où l'ont « entendu les rédacteurs du Code, qu'un pouvoir objectif « correspondant à une véritable fonction sociale » (2). On

(1) V. les lois sur les monuments historiques, 30 mars 1887 et 31 déc. 1913, la loi sur les sites pittoresques du 21 avril 1906 et celle du 10 avril 1912 sur la beauté de Paris.

(2) Rolland, La notion d'utilité publique dans l'expropriation,

sait aussi comment cette transformation dans les conceptions du droit de propriété en particulier et des droits individuels en général, a entraîné en droit privé l'introduction de la théorie extrêmement féconde de l'abus du droit.

En définitive, on ne peut donner un critérium précis de l'utilité publique. La question de savoir s'il y a utilité publique ou simplement intérêt général est d'ordre purement politique; elle est variable, elle évolue avec le temps.

C'est donc du point de savoir s'il y a utilité publique que dépendra l'application des règles du droit public à la satisfaction d'un besoin collectif. Mais tout n'est pas dit par là et il nous faut montrer maintenant l'influence d'un autre élément, d'un élément subjectif. En effet, quand la satisfaction d'un besoin collectif présentera ce caractère d'utilité publique, l'emploi des règles exceptionnelles du droit public à la satisfaction de ce besoin se fera de façon différente, suivant les personnes par lesquelles elle sera assurée.

Revue du Droit public, 1912, p. 330 et suiv. Nous croyons d'ailleurs que cette conception des droits privés envisagés presque comme des fonctions sociales est un peu exagérée. Il faut maintenir la conception traditionnelle du droit privé qui est celle d'un pouvoir et non d'une fonction, en la tempérant de cette idée que ce pouvoir doit s'incliner devant les nécessités de la vie sociale, de l'utilité publique.

CHAPITRE III

DE LA FAÇON DONT SE FAIT L'APPLICATION DU DROIT ADMINISTRATIF, LORSQU'IL Y A UTILITÉ PUBLIQUE

SOMMAIRE

I. — *Action d'un particulier dans un but d'utilité publique :*

1. Action privée dans un but d'intérêt général. — 2. Action privée dans un but d'utilité publique : *a)* le procédé de l'établissement d'utilité publique ; *b)* le procédé de la concession d'utilité publique. — 3. Seul le législateur a le pouvoir d'apprécier le caractère d'utilité publique en cas d'action privée.

II. — *Action de l'administration dans un but d'utilité publique :*

1. Il y a des besoins collectifs dont la satisfaction doit être assurée par les personnes publiques. — 2. L'action administrative a, en principe, pour but l'utilité publique et n'a qu'exceptionnellement en vue l'intérêt général seul. — 3. Par conséquent, le principe est que son action est soumise au droit administratif, que le législateur l'ait ou non expressément décidé. — 4. L'administration reste soumise à ce propos au double contrôle du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat pour détournement de pouvoir.

III. — *La jurisprudence administrative, au point de vue de la séparation des compétences, est inspirée, d'une façon générale, de ces principes.*

IV. — *Définition du droit administratif sur la base des principes dégagés.*

V. — *Application de ces principes à quelques théories spéciales :*

1. En matière de domaine public. — 2. En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. — 3. En matière de travaux publics.

I

1. — On peut très bien supposer, en premier lieu, qu'un particulier emploie son activité à une tâche dont l'accomplissement soit d'utilité publique. Sans doute, ce particulier agira-t-il tout d'abord dans son intérêt privé, en vue de réaliser des bénéfices financiers. Mais son intérêt privé peut coïncider avec l'intérêt général et son industrie peut même présenter un caractère d'utilité publique.

Supposons tout d'abord que l'action d'un individu présente un caractère d'intérêt général, mais non d'utilité publique. Il est normal qu'il reçoive, à raison de l'importance sociale de l'œuvre qu'il accomplit, certains avantages exceptionnels. C'est ainsi par exemple que le législateur interviendra pour décider que pendant une certaine durée, les immeubles nouvellement bâtis seront dégrévés de la contribution foncière. Et le législateur pourra faire varier selon l'importance de l'intérêt général présenté par l'entreprise privée, la gamme des avantages dont il croira juste de la faire bénéficier. C'est généralement par le procédé de dégrèvements d'impôts et de taxes que ces avantages sont concédés aux individus. Mais là il n'y a pas concession au profit de particuliers de privilèges spéciaux du droit public. Il n'y a aucune extension dans la capacité des personnes privées, dont on veut encourager l'activité.

C'est que leur activité ne présente qu'un caractère d'intérêt général.

2. — Mais il peut se faire que le besoin collectif auquel répond une activité privée soit tellement impérieux que sa satisfaction se présente comme étant, non plus seulement d'intérêt général, mais même d'utilité publique. La nécessité apparaît alors de lui conférer certains privilèges, certaines prérogatives qui vont étendre considérablement sa compétence ou même lui permettre d'imposer aux patrimoines privés des charges exceptionnelles.

a) C'est tout d'abord ce qui se passe dans le procédé de l'établissement d'utilité publique. Une association s'est constituée, dont le but présente un véritable caractère d'utilité publique. En conséquence, l'Etat, par une procédure prévue par les lois, lui confère la qualité d'établissement d'utilité publique. Il en résulte une extension considérable de la capacité de cette association privée. Elle pourra notamment, dans notre législation française, recevoir à titre gratuit.

b) Mais on peut aller plus loin. Le caractère d'utilité publique présenté par une industrie privée peut revêtir une intensité telle qu'il exige que les droits subjectifs auxquels sa réalisation se heurte lui soient sacrifiés. Pour cela, il apparaît donc nécessaire de mettre à la disposition de cette activité privée des pouvoirs exceptionnels, c'est-à-dire quelques-unes des prérogatives du droit public. Sous certaines conditions, un industriel dont l'industrie se présente comme étant d'utilité publique, recevra concession de certains privilèges du droit administratif. C'est la situation

des concessionnaires d'utilité publique, situation que nous avons déjà examinée au cours de cette étude (V. Titre I, chap. II § III) et qu'il importe de ne pas confondre avec celle des concessionnaires de services ou de travaux publics. Dans la concession de service ou de travaux publics, il y a simplement un procédé de gestion administrative auquel recourt une personne publique. En effet, c'est juridiquement l'administration qui agit en ce sens qu'elle considère qu'il y a un degré d'utilité publique tel que l'on ne peut attendre l'intervention de l'initiative privée ; elle organise donc un service public, mais pour des raisons d'ordre technique, elle en concède l'exploitation à un particulier qui agit pour son compte. Juridiquement, le concessionnaire de services publics, encore qu'évidemment il poursuive une certaine rémunération privée, agit pour le compte et à la place de la personne publique. Nous verrons plus loin les conséquences que cela entraîne pour l'application des règles du droit administratif.

Au contraire, dans l'hypothèse du concessionnaire d'utilité publique, du concessionnaire de mines ou de forces hydrauliques, la situation est toute différente. Ici la personne qui prend l'initiative de l'action, c'est le particulier et non plus la personne publique. C'est un industriel qui entreprend d'équiper une chute d'eau, de creuser un puits de mine. Comme son industrie est d'une très grande importance pour la collectivité et comme il est nécessaire qu'elle s'exerce en conformité avec un plan d'ensemble, on va exiger de lui l'accomplissement de certaines formalités, la soumission à certain contrôle ; on

pourra même lui imposer de n'agir qu'après certaines autorisations ou concessions de la puissance publique, de l'Etat. C'est ce qui se passe en matière de forces hydrauliques, depuis la loi du 16 octobre 1919.

En échange de ces conditions, auxquelles on subordonne son activité, on accordera aux industriels de cette catégorie des pouvoirs exorbitants du droit commun et on leur permettra d'imposer des charges aux patrimoines privés. On proportionnera tout naturellement l'étendue et le nombre de prérogatives qu'on leur concédera au degré d'utilité publique présenté par leur entreprise. A ce propos, la loi du 16 octobre 1919 nous fournit, pour les forces hydrauliques, un exemple curieux en ce sens qu'on y fait précisément varier l'étendue des avantages concédés aux usiniers avec le degré d'utilité publique de leur activité. On sait (1) que cette loi place les entreprises d'aménagement des forces hydrauliques sous deux régimes différents, celui de l'autorisation et celui de la concession. Celles qui sont soumises au régime de l'autorisation présentent bien un certain intérêt général, mais ne sont pas d'utilité publique et leur activité ne bénéficie par conséquent pas des prérogatives exceptionnelles du droit administratif.

Il en va tout autrement, on le sait, des entreprises soumises au régime de la concession. Elles ont *toutes*, en vertu de l'article 4 de la loi, certains privilèges, et notamment celui de pouvoir occuper temporairement les propriétés privées. Toutes, elles présentent donc un certain caractère

(1) V. ci-dessus, p. 35.

d'utilité publique. Mais certaines d'entre elles présentent un caractère plus grand d'utilité publique et à celles-là on donne la faculté d'exproprier. Cela résulte, en effet, du premier alinéa de l'article 5, qui est ainsi conçu : « Lors-
« que l'aménagement de l'entreprise nécessite l'occupa-
« tion définitive de propriétés privées dans des cas autres
« que ceux prévus par l'article 4, l'utilité publique de
« l'entreprise peut, si l'intérêt économique de la nation le
« justifie, être déclarée par l'acte qui approuve la con-
« cession. Toutefois, lorsque la déclaration d'utilité publi-
« que n'est reconnue nécessaire que pour certains travaux,
« et postérieurement à l'approbation de l'acte de conces-
« sion, il est statué par décret en Conseil d'Etat ».

Il ressort donc de la lecture de ce texte que certaines entreprises soumises au régime de la concession pourront rester sous l'empire du seul article 4 et n'auront pas le droit d'exproprier et que d'autres auront ce pouvoir. Ainsi, le législateur fait varier l'étendue des privilèges qu'il accorde avec le degré d'utilité publique présenté par les entreprises privées. Et bien entendu, ici aussi, ce degré d'utilité peut varier suivant les époques (1).

(1) Voyez sur ce point de l'évolution qui s'est produite : Cot, *Les droits de riveraineté et la loi du 16 octobre 1919*, thèse Grenoble, 1920, p. 30, 31 et 32. L'auteur y montre le développement pris par le degré d'intérêt général qui est à la base du régime des forces hydrauliques. Son étude sur ce point est remarquable, mais il semble considérer qu'il ne peut y avoir utilité publique que s'il y a création d'un service public. Cette opinion nous paraît inexacte et nous l'avons montré ci-dessus dans l'examen de la jurisprudence (*supra*, p. 96). Nous avons d'ailleurs l'impression que M. Pierre Cot ne la soutiendrait plus aujourd'hui.

3. — Mais il faut remarquer que dans l'hypothèse de la concession d'utilité publique, nous sommes toujours en présence de personnes privées qui normalement devraient rester soumises au droit commun. Il en résulte que les avantages que leur a concédés le législateur doivent être interprétés strictement et limités au texte qui les confère. Si le législateur accorde au concessionnaire de chutes d'eau la possibilité de s'emparer des propriétés privées nécessaires à l'établissement de son industrie, il n'en résulte pas que les travaux de ce concessionnaire soient des travaux publics. Ce sont des travaux privés bénéficiant de certaines prérogatives du droit administratif. Il n'en serait autrement que si le législateur avait expressément déclaré que les travaux de ces concessionnaires bénéficieraient du statut général des travaux publics. Et encore serait-ce une question d'interprétation que de savoir si on ne se trouverait pas plutôt là en présence d'une véritable concession de service public. C'est d'ailleurs pourquoi on pouvait, avec l'arrêt du Tribunal des conflits qui les a classés comme tels, soutenir que les associations syndicales autorisées ou forcées étaient des établissements publics, leurs travaux étant investis du statut général de travaux publics.

En présence des concessionnaires d'utilité publique, il ne faut pas oublier qu'on n'a devant soi que l'activité d'une personne privée et qu'en principe, des personnes privées n'entreprennent pas d'œuvre d'utilité publique. S'il est vrai qu'un régime démocratique entraîne une immixtion de plus en plus grande des citoyens dans les affaires publiques, ces citoyens restent, en principe, soumis au

droit privé et ils ne bénéficient de prérogatives exceptionnelles que dans la mesure où le législateur leur en a accordé.

C'est que, d'autre part, et par sa mission même, c'est l'Etat, ce sont les gouvernants, qui sont chargés de pourvoir à la satisfaction des besoins d'utilité publique. C'est la façon dont se manifeste leur activité qu'il nous faut maintenant étudier.

II

1. — Nous avons constaté au début de ce chapitre que la mission de l'Etat était de veiller au développement harmonieux de la collectivité qu'il dirige et à la satisfaction des besoins de cette collectivité. Lorsque l'Etat considère que la satisfaction d'un besoin collectif donné sera aussi bien assurée par des personnes privées que par des personnes publiques, ou même mieux assurée parce que ces personnes seront plus compétentes, il est normal qu'il leur confie le soin de le faire et qu'il leur donne quelques privilèges pour leur permettre de réaliser leur œuvre privée d'utilité publique.

Mais il est des besoins collectifs dont la satisfaction doit être assurée par l'Etat. Certains sont tels qu'on ne peut sans danger confier à une personne privée le soin de le faire. On ne peut pas laisser à un citoyen le soin d'assurer le maintien du bon ordre, la défense nationale, parce que ce serait lui donner une puissance telle qu'il pourrait faire courir des dangers au bon ordre et à la sécurité nationale eux-mêmes. C'est l'administration qui est char-

gée de pourvoir à la satisfaction de ces besoins collectifs, quand, pour des raisons politiques, les gouvernants considèrent qu'on ne peut en laisser le soin à l'initiative privée. Nous n'entendons d'ailleurs pas par là que toute intervention des individus soit écartée. Il peut se faire que, pour des raisons de compétence technique, on confie, on concède à des individus le soin d'assurer l'exploitation d'une telle opération d'utilité publique. C'est ce qui se passe dans l'hypothèse de la concession de service public. Mais ceci est un procédé d'action de la personne publique à laquelle est substitué un particulier. Rationnellement ici, à l'inverse de ce qui se passait dans l'hypothèse des concessions d'utilité publique, il y a action de la personne publique par un procédé spécial, celui du service public concédé. Le degré d'utilité publique de l'œuvre à accomplir est tel qu'on ne peut s'en remettre à l'initiative privée ; mais les conditions de l'exécution en sont telles qu'à leur tour elles exigent que, l'initiative étant prise par la personne publique, une activité privée particulièrement compétente intervienne pour en assurer la réalisation, quitte à lui imposer un certain contrôle administratif par le procédé du cahier des charges.

Donc pour certains besoins, la nécessité se fait sentir que l'initiative de leur réalisation soit prise par la personne publique.

2. — Mais on voit aussi et du même coup que si l'administration est chargée de la satisfaction des besoins sociaux les plus impérieux, son action sera le plus souvent, non seulement d'intérêt général, mais d'utilité

publique. Il en résulte que cette action sera, en principe, et généralement, soumise aux règles du droit public. Elle ne sera soumise au droit privé que dans la mesure où l'administration agira simplement en vue d'un intérêt général ne présentant pas le caractère d'utilité publique, ce qui sera le cas exceptionnel.

Une conséquence absolument capitale en découle logiquement : c'est que le droit administratif, tout en s'analysant en des charges exceptionnelles pour les personnes privées, est le droit commun de l'activité des personnes publiques, et qu'il n'est pas nécessaire qu'un texte ait spécifié l'application de ce droit à l'activité d'une personne publique pour que cette activité en bénéficie.

Nous arrivons ainsi à une doctrine absolument opposée dans ses conséquences à celle de M. Jèze. Pour le savant professeur, comme nous l'avons déjà constaté, le droit administratif ne s'applique que si le législateur a organisé un service public, c'est-à-dire un certain procédé destiné à la satisfaction d'un besoin collectif. Si un tel service public est constitué, son activité bénéficiera de tous les privilèges en quoi s'analyse le droit administratif. Mais si les personnes publiques entreprennent de donner satisfaction à un besoin général, par un autre procédé que celui du service public, leur activité restera soumise au droit privé et ne bénéficiera des privilèges spéciaux du droit administratif que si le législateur en a expressément décidé et dans la stricte mesure où il l'aura fait.

Nous avons constaté que la doctrine de M. Jèze n'est pas en harmonie avec la jurisprudence. C'est que pour fonder l'application du droit administratif, il faut en revenir à une

idée plus large, la notion d'utilité publique. L'administration, chargée de satisfaire à un besoin social, apprécie s'il présente ou non un caractère d'utilité publique, et s'il doit, en conséquence, lui être donné satisfaction par les procédés du droit administratif ou par ceux du droit privé. L'administration a là un pouvoir discrétionnaire.

Sans doute, l'administration peut-elle avoir ici, en vertu d'une décision législative, une compétence dans une certaine mesure liée. Il en sera particulièrement ainsi quand le législateur aura organisé un véritable service public au sens où l'entend M. Jèze. C'est certainement là le procédé le plus parfait qui puisse être employé pour la satisfaction d'un besoin d'utilité publique. Du fait du recours à ce procédé, il n'y aura plus aucun doute possible sur l'application du droit administratif ; elle aura lieu toutes les fois qu'une activité sera destinée au fonctionnement de ce service public. Mais il peut y avoir d'autres procédés par lesquels l'administration assure la satisfaction de besoins d'utilité publique ; pourquoi ne seraient-ils pas, eux aussi, soumis à l'empire du droit administratif (1).

(1) Il ne faut pas fonder l'application d'un droit sur l'emploi d'un procédé particulier, mais sur les buts poursuivis par les activités, indépendamment du procédé employé. C'est pour cette raison que nous adhérons pleinement à la critique qui a été dirigée contre la jurisprudence inaugurée en 1921 par le Conseil d'Etat à l'occasion de contrats d'affrètement. Comme l'a fort bien dit à ce sujet M. Jean Labbé (*Gaz. des Tribunaux* 21 décembre 1923) : « En faisant dépendre la compétence de la juridiction administrative de la forme des actes plus que de leur objet et de leur nature propre, la jurisprudence s'attache à une raison de décider qui est contraire à un principe général du droit, applicable de toute évidence aussi bien en droit

En définitive, dans la mesure où le législateur n'a pas lié sa compétence, l'administration a le pouvoir d'apprécier si son activité doit être soumise au droit administratif parce que répondant à la satisfaction d'un besoin d'utilité publique.

4. — On dira que c'est donner à l'administration, dont on pense souvent avec raison beaucoup de mal, des pouvoirs exorbitants. Mais cette liberté d'appréciation n'est pas arbitraire ; elle est soumise à un contrôle fort sévère, celui du Conseil d'Etat statuant notamment par la voie de l'excès de pouvoir. Elle est soumise également à celui du tribunal des conflits qui, juge des compétences et, par conséquent, de la question de savoir s'il doit y avoir application du droit administratif ou du droit privé, doit apprécier si l'administration a eu raison de penser que son

« public qu'en droit privé ; la qualification d'un contrat tient non à
 « la forme que les parties lui ont donnée, mais à sa substance ; la
 « compétence est fixée par le caractère de la convention, non par
 « l'apparence qu'elle peut avoir : une vente ne cesse pas d'être une
 « vente parce qu'elle est faite sous la forme d'un louage ; un con-
 « trat à titre gratuit ne perd pas ce caractère parce qu'il a été fait
 « sous la forme d'un contrat à titre onéreux ; il ne saurait en être
 « autrement en droit public ; c'est la loi qui a décidé en termes
 « absolus que les actes de l'administration, c'est-à-dire les actes
 « d'autorité ou de gestion, accomplis en vue du fonctionnement des
 « services publics, ne peuvent être soumis à d'autre contrôle qu'à
 « celui de la juridiction qu'elle a créée à cet effet. Comment un acte
 « dont l'auteur est une administration et dont le but répond aux
 « besoins de cette administration peut-il ne pas être administratif,
 « quelle que soit la forme qui le recouvre ? »

action présentait un caractère d'utilité publique et devait, par suite, être soumise au droit administratif (1).

Le plus souple et le plus efficace de ces contrôles est incontestablement celui du Conseil d'Etat, statuant pour détournement de pouvoir. Ici, quoiqu'on en ait dit, il y a plus qu'un contrôle de la légalité ; c'est, comme l'a fort bien exprimé M. Hauriou, un contrôle de la moralité administrative que le Conseil d'Etat exerce. On sait le développement extraordinaire que, depuis 1865, le Conseil d'Etat a donné à ce recours. Avec lui, il va scruter l'intention de l'administrateur, examiner les mobiles qui l'ont poussé à agir, et annuler ses actes quand ils sont destinés à pourvoir à une fin autre que celle pour laquelle le pouvoir lui avait été confié. Il annulera de la même façon les actes fondés sur une erreur de droit et, depuis la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Trépont* du 30 mars 1922,

(1) C'est ainsi que par un arrêt du 22 janvier 1921 (Dalloz, 1921. 3. 1), le Tribunal des conflits a rendu un arrêt décidant que l'exploitation d'un bac sur la lagune Ebrié, dans la colonie de la Côte d'Ivoire, ne constituait pas l'exploitation d'un travail public. Cet arrêt constate que ce bac avait été établi dans un but d'intérêt général. Mais il fonde expressément sa solution sur ce que l'exploitation en serait assurée par la Colonie comme pourrait le faire un industriel ordinaire. En cela, l'arrêt et les conclusions conformes de M. Paul Matter nous paraissent encourir la critique que nous avons déjà exprimée (V. ci dessus p. 133, note 1). Il faut faire reposer les principes d'application du droit administratif sur un critérium réel et non sur un critérium purement formel. Il se peut d'ailleurs que le bac d'Eloka en l'espèce n'ait pas constitué un travail public ; la raison n'en peut être trouvée que dans le fait qu'il ne présentait pas un intérêt général tel qu'on pût le qualifier d'utilité publique.

ceux qui sont fondés sur une simple erreur de fait. Il y a là incontestablement beaucoup plus qu'un simple contrôle de la légalité. Sans doute, cela choque-t-il un peu nos conceptions traditionnelles sur le rôle du juge ; sans doute, en agissant ainsi, le Conseil d'Etat nous apparaît-il un peu comme un supérieur hiérarchique annulant les actes illégaux ou erronés de ses inférieurs. Mais cela s'explique par des raisons historiques tirées de la formation même du Conseil d'Etat et de sa pénétration par l'esprit administratif. C'est chose trop connue pour que nous y revenions. Cela constitue aussi, à l'égard de l'activité administrative, un contrôle extrêmement précieux que le Conseil d'Etat exerce avec une indépendance et un tact parfaits.

Ce contrôle du Conseil d'Etat vient donc empêcher de la part de l'administration tout acte arbitraire et presque toute erreur. Si elle considère que son action doit être soumise aux règles du droit administratif, parce qu'elle a en vue l'utilité publique, le Conseil d'Etat pourra contrôler si ce caractère d'utilité publique existe bien ou non.

III

La conception que nous venons de développer a, remarquons-le, l'avantage de donner à l'application du droit administratif et au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires une base rationnelle, en ce qu'elle résulte de la nature des choses, c'est-à-dire de la considération des besoins sociaux dont la satisfaction est la fin à laquelle sont préposées les personnes publiques.

Et depuis la fin du ^{xix}^e siècle, sous la pression des circonstances, le Conseil d'Etat s'est efforcé de dégager cette idée que l'application du droit administratif était autre chose qu'une pure fiction légale, et qu'elle correspondait à des réalités profondes.

Comment s'est fait cette évolution encore imparfaite sur quelques points (1)? Elle a été retracée avec une netteté admirable par M. Labbé, Président de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat, dans une allocution à la séance d'ouverture de la Conférence du stage de cet Ordre, du 13 décembre 1923, et, sur ce point, nous ne pouvons mieux faire que de citer l'éminent praticien :

« Du jour où, disait-il, le décret du 16 fructidor an III, « rappelant le principe posé par l'article 13, titre II, du « décret des 16-24 août 1790, a fait « défenses itératives « aux tribunaux de connaître des actes d'administration « de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, « sauf aux réclamants à se pourvoir devant le Comité des

(1) Nous avons, en effet, constaté (p. 133, n. 1) que pour les contrats administratifs, le Conseil d'Etat s'attache, en ce qui concerne la compétence, à un critérium purement formel et qu'il réserve la connaissance de ceux qui sont passés dans les formes du droit privé aux tribunaux judiciaires. C'est ainsi qu'il s'est déclaré incompétent pour les contrats d'affrètement passés par l'Etat au cours de la guerre. Nous croyons savoir que cela provient d'un souci de compétence technique et que le Conseil d'Etat a redouté de voir porter devant lui des questions de droit maritime qu'il craignait de ne pas bien connaître. Malgré ce scrupule fort honorable, il n'en reste pas moins que ces marchés étaient faits en vue du fonctionnement d'un service public et qu'ils étaient de la compétence du Conseil d'Etat, ou bien que c'étaient des marchés de fournitures et qu'en vertu du décret du 11 juin 1806, le Conseil d'Etat était encore compétent.

« Finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois », la question s'est posée de savoir quelles sont les actions qui ressortissent aux juridictions administratives et quelles sont celles qui doivent être soumises aux tribunaux civils.

« Pour la résoudre, on peut s'inspirer de deux principes différents : la juridiction administrative est une juridiction d'exception : elle n'est compétente que dans les cas prévus par la loi : un texte est nécessaire pour qu'un litige lui soit renvoyé ; l'administration peut être en cause, la compétence demeure judiciaire si la loi n'en a autrement disposé ; l'autorité judiciaire possède la plénitude de juridiction ; comme l'écrit Dalloz dans son répertoire en 1848, « la compétence des tribunaux civils s'étend à tous les genres de contestations qui n'ont pas été expressément distraits de leur juridiction ». Dans cette doctrine, les justiciables n'ont pas ou ne doivent pas avoir d'hésitation ; il leur suffit de connaître la loi pour déterminer le juge de leur action, et, pour le juge, le doute n'existe pas davantage ; tribunal civil, il est compétent si on ne lui représente pas un texte qui le dessaisisse ; tribunal administratif, il ne peut statuer que si un texte l'y habilite expressément.

« Si le principe de la séparation des pouvoirs n'était qu'une fiction, aucune autre solution ne serait juridique ; il ne peut appartenir qu'au législateur qui a posé la règle de faire entre les deux juridictions la répartition de compétence que justifient à ses yeux les nécessités de l'administration ou les circonstances ; — si, au contraire, comme on l'écrivait dès le début du xix^e siècle,

« la distinction entre les matières administratives et les
« matières judiciaires a sa source dans la nature même
« des choses, une idée tout autre doit servir à définir les
« matières ressortissant aux tribunaux civils ou aux juri-
« dictions administratives ; le contentieux de certains
« actes n'est pas administratif par le fait de la loi, mais à
« raison de l'objet et du caractère de ces actes ; il est des
« opérations qui ne peuvent être gouvernées par les prin-
« cipes du droit civil, parce qu'elles sont la manifestation
« de l'activité de l'administration ; les agents de la puis-
« sance publique n'agissent pas dans les mêmes condi-
« tions que les particuliers ; la loi a, dans un texte fonda-
« mental, posé la règle de la séparation des pouvoirs ;
« cette règle doit être appliquée dans tous les cas où
« existe sa raison d'être, même dans le silence de la loi ;
« le juge administratif n'est pas simplement un juge d'at-
« tribution ; en face de l'autorité judiciaire, il est un juge
« administratif qui possède dans les matières administra-
« tives une égale plénitude de juridiction.

« Cette conception, plus souple que la première, doit
« faire disparaître les contradictions dues à l'application
« d'une loi écrite, qui n'a pu prévoir toutes les hypothèses
« et qui, par son insuffisance, entraîne dans des situations
« juridiques identiques les compétences différentes que
« rien n'explique ; mais elle ne peut naître que dans un
« état de droit déjà avancé ; elle suppose que le droit
« administratif s'est dégagé des règles étroites qui l'en-
« serraient à ses débuts et a pris conscience de lui-même ;
« elle implique l'existence d'une doctrine administrative
« qui ait, comme la doctrine civiliste, ses principes géné-

« raux et possède les éléments nécessaires pour résoudre,
« en l'absence de la loi, les questions nouvelles nées de
« l'évolution et du progrès des mœurs publiques.

« Vous ne serez donc pas surpris qu'il ait fallu près
« d'un siècle pour la dégager et plus de vingt ans encore,
« après sa première apparition, pour qu'elle soit posée
« dans des termes susceptibles de servir de guide aux jus-
« ticiables.

« Pendant toute la première partie du xix^e siècle, il
« n'est pas un arrêt qui ait retenu le principe de la sépa-
« ration des pouvoirs pour justifier la compétence de la
« juridiction administrative ou qui se soit attaché à la
« nature propre des actes administratifs pour refuser à
« l'autorité judiciaire de connaître de leur légalité et de
« leurs conséquences.

« Les actes de la puissance publique échappent à la
« juridiction des tribunaux ordinaires, parce que les ter-
« mes du décret du 16 fructidor an III les visent expressé-
« ment ; les actions dirigées contre l'Etat en réparation de
« dommages ne sont renvoyées aux juridictions adminis-
« tratives que parce que les lois du 8 août 1790 et du
« 26 septembre 1793 n'autorisent pas les tribunaux judi-
« ciaires à déclarer l'Etat débiteur ; le contentieux des
« marchés de l'Etat est administratif en vertu de l'arrêt
« du 19 thermidor an IX et du décret du 11 juin 1806 ; le
« caractère administratif du contentieux des marchés de
« travaux publics résulte de la loi du 28 pluviôse an VIII
« et c'est en rattachant le contrat de concession à ces
« marchés qu'on attribue la connaissance des difficultés
« qu'il soulève aux Conseils de préfecture, si bien que

« dans le cas où la notion de travaux publics ne peut être
« invoquée, le contrat demeure de la compétence des tri-
« bunaux ordinaires, alors même qu'il réunit les éléments
« essentiels qui le caractérisent.

« A défaut de texte, les actes de gestion des collectivi-
« tés administratives autres que l'Etat, les fautes de service
« commises par leurs représentants restent soumis aux
« tribunaux de droit commun : marchés de fournitures
« des départements et des communes, demandes en
« indemnités dirigées contre ces administrations donnent
« ouverture à un contentieux purement judiciaire ; c'est la
« période pendant laquelle la Cour de cassation emploie
« la formule que vous connaissez bien, que les règles rela-
« tives à la responsabilité de l'Etat sont étrangères à la
« responsabilité des communes.

« Et si, dans le même temps, les questions d'état et de
« propriété, les actes qui intéressent la gestion du domaine
« privé de l'Etat sont, de l'avis de tous les auteurs et sans
« discordance entre les arrêts du Conseil d'Etat et ceux de
« la Cour de cassation, de la compétence de l'autorité
« judiciaire, ce n'est pas, si l'on va au fond des choses,
« parce que ces matières n'ont par nature aucun caractère
« administratif ; c'est en vertu de cette idée encore rappe-
« lée à la fin du xix^e siècle par l'un des plus grands mai-
« tres du droit administratif, que le principe de la sépa-
« ration des pouvoirs ne s'applique qu'aux actes accomplis
« par l'administration comme dépositaire d'une part de
« souveraineté, qu'il est en soi étranger aux actes de ges-
« tion et que le contentieux de ces faits n'est administratif

« que par la détermination de la loi, c'est-à-dire en vertu
« d'un texte.

« La création des grands services publics, le dévelop-
« pement de l'activité administrative et des rapports des
« particuliers avec l'Etat, les départements et les commu-
« nes devaient révéler l'insuffisance d'une doctrine qui, ne
« se rattachant à aucun principe général, demeurait
« impuissante en face de situations juridiques nouvelles ;
« plus, en effet, le contentieux administratif embrassait de
« matières et plus les litiges devenaient nombreux, plus
« apparaissait l'opposition entre la loi dont les prévisions
« étaient limitées et le fait dont les manifestations étaient
« multiples et complexes. Le justiciable reconnaissait
« facilement la voie dans laquelle il devait s'engager, et
« c'était un avantage ; mais il devait le faire sans com-
« prendre ; comment lui expliquer qu'une même opération
« l'entraînât devant un juge civil ou devant un juge admi-
« nistratif selon que la partie avec laquelle il avait con-
« tracté ou celle dont il voulait engager la responsabilité
« était l'Etat ou une administration locale ?..

« Et, fait plus grave, des situations se révélaient qui,
« nées des besoins et des devoirs nouveaux des adminis-
« trations, n'étaient pas prévues par les lois de compé-
« tence et, administratives par nature, étrangères aux for-
« mations juridiques de droit privé, échappaient au fond
« à la conception de l'autorité judiciaire et risquaient ainsi
« de n'avoir pas de juges.

« Le remède était simple : il fallait en revenir au prin-
« cipe même posé par les décrets de 1790 et de l'an III, à
« la règle de la séparation des pouvoirs, reconnaître que

« les textes qui ont, à différentes époques, fixé les attributions des juridictions administratives, ne sont qu'une application de ce principe, qu'ils ont constaté un état de droit et ne l'ont pas créé et que, par suite, l'absence d'une disposition législative ne peut avoir pour conséquence le renvoi à l'autorité judiciaire de la connaissance d'un acte accompli par l'administration en vue de sa fonction propre, qu'il soit d'autorité ou de gestion. L'application de cette idée, si logique que la formule en apparaît dès 1853 dans un arrêt du tribunal civil des conflits, était, toutefois, il faut le reconnaître, subordonnée à une condition : comment parler d'une compétence administrative de droit commun, quand l'organisation des juridictions administratives paraît faire de chacune d'elles un tribunal dont la compétence est limitée et quand la plus élevée d'entre elles ne possède aucun pouvoir personnel de décision et ne soumet au chef de l'Etat que des solutions qu'il peut écarter? La loi du 24 mai 1872, en supprimant la justice retenue et en faisant des décisions du Conseil d'Etat des arrêts, a supprimé cette objection ; son article 2, en énonçant dans les termes les plus généraux que « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative », devait permettre de créer un juge de droit commun en la matière et de s'attacher, pour déterminer la compétence, dans le silence de la loi, à l'objet et à la nature de l'acte. La jurisprudence, qui venait d'affirmer dans l'arrêt du tribunal des conflits du 8 février 1873 que les règles de droit privé ne peuvent résoudre les conflits nés des rapports des administra-

« tions et des particuliers, pouvait désormais donner aux
« questions de compétence des solutions inspirées du
« même principe et indépendantes de la loi écrite : il fal-
« lait seulement que ses auteurs prissent conscience de
« leur rôle et de leur pouvoir ; leur travail a été lent ;
« mais, qu'il s'agisse du fond ou de la compétence, il a
« été continu et s'est développé avec une logique et une
« harmonie remarquables.

« Le 13 décembre 1889, le Conseil d'Etat décide que les
« contestations qui s'élèvent entre les communes et leurs
« agents ont le caractère administratif et qu'il en connaît
« comme juge de droit commun du contentieux adminis-
« tratif ; le 6 février 1903, il affirme sa compétence dans
« les mêmes termes dans les matières contractuelles dans
« lesquelles n'apparaît aucun élément de puissance publi-
« que ; le 29 février 1908, le Tribunal des conflits juge que
« la responsabilité des départements, des communes et
« des établissements publics est de même nature que celle
« de l'Etat, que l'une comme l'autre dépend de l'appré-
« ciation des conditions de fonctionnement d'un service
« public et que seule la juridiction administrative a qua-
« lité pour statuer ; le 4 mars 1910, le Conseil d'Etat con-
« firme et étend la doctrine de son arrêt du 6 février 1903
« et décide qu'à défaut d'un texte en attribuant la con-
« naissance à une autre juridiction, il est compétent pour
« connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat passé
« par une ville en vue d'assurer un service public.

« L'évolution était faite ; la source de la compétence
« administrative n'était plus seulement dans la loi, mais
« aussi dans la nature même de l'acte ».

Dès lors, l'application du droit administratif répond à une raison tirée des faits, à savoir que l'administration est, en principe, chargée de pourvoir à des besoins dont la satisfaction est d'utilité publique et que son action doit alors bénéficier de privilèges déterminés.

IV

En définitive, nous pouvons donner du droit administratif la définition suivante : C'est un ensemble de règles qui s'analysent en des charges pour les personnes privées et qui sont destinées à assurer la satisfaction de besoins collectifs quand la satisfaction de ces besoins offre un caractère d'*utilité publique*.

La question de savoir si la satisfaction d'un besoin collectif est simplement d'intérêt général ou si elle est également d'utilité publique est une question d'appréciation politique.

Lorsqu'un individu accomplit une œuvre d'intérêt général, le législateur seul peut déterminer si elle est d'utilité publique, et concéder limitativement à cet individu certaines prérogatives du droit administratif.

Au contraire, l'action de l'administration est, en principe, destinée à l'accomplissement d'actes d'utilité publique. Le droit administratif est donc le droit commun de l'activité des personnes publiques. Elles apprécient discrétionnairement, sous le double contrôle du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, si leur activité présente un caractère d'utilité publique ou simplement d'intérêt géné-

ral et si le droit administratif s'y applique ou non, à moins que le législateur ne leur ait imposé le régime du droit administratif, soit en imposant le recours au procédé du service public, soit en en spécifiant expressément l'application.

V

Appliquons, en terminant, les principes que nous venons de dégager à quelques-unes des théories spéciales du droit administratif. Nous allons prendre successivement celle du domaine public, celle de l'expropriation pour cause d'utilité publique, celle des travaux publics.

1. — Si nous prenons, en premier lieu, la théorie du domaine public, nous constatons qu'il en résulte pour certains immeubles appartenant à l'administration une situation juridique privilégiée. Ils sont, en particulier, inaliénables et imprescriptibles.

Nous disons qu'il y a domaine public quand un immeuble est affecté à l'utilité publique. Il l'est incontestablement tout d'abord quand il est affecté à un « service public » au sens que M. Jèze donne à cette expression. Si le législateur a organisé un service public, c'est qu'il a pensé que la satisfaction d'un certain besoin collectif présentait un caractère d'utilité publique et qu'il devait y être pourvu par les procédés du droit public.

Mais un immeuble peut faire partie du domaine public sans être affecté à un service public. Les deux notions de service public et d'utilité publique ne se correspondent pas.

Pour M. Jèze, il ne peut y avoir domaine public que s'il y a affectation à un service public (1). Nous croyons, au contraire, que l'affectation à l'utilité publique suffit pour qu'il y ait domaine public et nous pensons pour cette raison avec M. Hauriou, encore que la jurisprudence ne soit pas formelle sur ce point, que les églises continuent, depuis la loi de 1905, à faire partie du domaine public. Elles sont laissées à l'usage du public et sont affectées au service du culte ; ce service, laissé à l'activité privée depuis 1905, correspond à un besoin dont la satisfaction est d'utilité publique (2).

2. — Si nous passons à la théorie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, nous faisons les mêmes constatations. Nous savons que l'expropriation peut être employée pour l'accomplissement de travaux publics. Mais elle doit, au préalable, être précédée d'une déclaration constatant que le travail à accomplir présente bien un caractère d'utilité publique. Etant donné la gravité de l'atteinte qu'il s'agit ici de porter aux droits privés, il a été stipulé que dans certains cas, le législateur lui-même aurait à intervenir pour apprécier s'il y a vraiment utilité publique. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de question, puisque c'est le législateur lui-même qui va décider si une théorie du droit administratif s'applique.

Par contre, dans d'autres cas, la déclaration d'utilité publique émane simplement d'un décret. Il nous semble que le caractère d'utilité publique sera suffisamment carac-

(1) *Revue du Droit public*, 1911, p. 307.

(2) V. Hauriou, *Droit administratif*, 7^e édition, p. 542.

térisé et que le décret ne pourra se refuser de leur en reconnaître la qualité s'il s'agit de travaux faits en vue du fonctionnement d'un service public, puisque, par définition, il y a utilité publique s'il y a service public.

Mais il peut se faire ici encore qu'il y ait utilité publique sans qu'il y ait service public ; le chef de l'Etat jouira d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il y a utilité publique et si l'expropriation peut être employée. Cette appréciation sera faite sous le contrôle du Conseil d'Etat qui se reconnaît qualité pour apprécier si les travaux qui ont fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique présentent vraiment un tel caractère (1).

De même, le Conseil d'Etat, par un avis de la Section de l'Intérieur du 23 février 1921, a admis que la construction d'une église peut faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique, malgré que les cultes ne constituent plus un service public.

3. — Enfin, si nous abordons la théorie des travaux publics, nous disons qu'il y a un travail public s'il y a destination de ce travail à un objet d'utilité publique.

Cela se présentera tout d'abord en cas de destination à un véritable service public. Il en sera également de même si le travail répond à un objet d'utilité publique sans qu'il y ait un service public. Nous avons vu cette solution consacrée par l'arrêt *commune de Montségur* à propos des églises. Elle avait été également admise dans un arrêt du

(1) V. Conseil d'Etat 27 avril 1917, *communes de Venoix et Badin*, Lebon p. 335 et les conclusions conformes de M. Blum.

20 février 1918, *commune de Lautrec* (1) : il s'agissait de travaux d'aménagement d'un chemin rural qui n'était pas reconnu. Le demandeur soutenait qu'il ne pouvait s'agir de travaux publics, ce chemin n'étant pas juridiquement affecté à un service public parce que n'étant pas reconnu. Le Conseil d'Etat n'en a pas moins reconnu à ces travaux le caractère de travaux publics, parce que le chemin était « affecté à l'usage du public ».

Et nous arrivons ainsi à la fin de notre étude à une définition des travaux publics : Ce sont ceux qui sont accomplis sur un immeuble pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité publique.

Quant aux autres travaux exécutés pour le compte d'une personne publique, ce sont des travaux privés parce que, malgré qu'ils présentent toujours un caractère d'intérêt général quelconque, cet *intérêt général* n'a pas une telle intensité qu'on puisse le qualifier d'*utilité publique*.

(1) Lebon, p. 170.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAVAUX GÉNÉRAUX

- AUCOC. — *Conférences*, t. II, p. 427 et suiv.
- BASDEVANT. — *Cours de droit administratif professé en 1921-1922*.
- BATBIE. — *Introduction générale au droit public*, p. 36, note I.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*, 10^e édit., 1923.
- BRÉMOND. — *Traité de la compétence administrative*, n^o 1325 et n^o 310.
- CHRISTOPHE. — *Traité théorique et pratique des travaux publics*.
- COTELLE. — *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*.
- DALLOZ. — *Répertoire pratique (ancien). Verbo Travaux publics*, et supplément eod. V^o.
- DUFOUR. — *Traité de droit administratif*, VII, p. 265.
- DUGUIT. — *Droit constitutionnel*.
- *L'Etat, les Gouvernants, les Gouvernés*.
- *Les transformations du Droit public*.
- *Les transformations du Droit privé*.
- DUCROCQ. — *Droit administratif*.
- *Traité des édifices publics*.
- *Les ventes domaniales*, p. 245.
- DELVINCOURT. — *Jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de travaux publics*.
- ENOU. — *Traité de Droit administratif*, 1903, t. I, p. 17 et suiv.
- FÉRAUD-GIRAUD. — *Code de la séparation des pouvoirs*, t. II, p. 65 et suiv.

- HAURIOL. — *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 10^e édit., 1921.
 — *Précis de Droit constitutionnel*, 1^{re} édit., 1923.
 — *Principes de Droit public*, 2^e édit., 1916.
 JACQUELIN. — *Les principes doinant du contentieux administratif*.
 — *Cours de Droit administratif*, 1919-1920.
 JÈZE. — *Les principes généraux du Droit administratif*, 2^e édit., 1914.
 — *Cours de Droit public*, 1922.
 — *Cours de Droit public*, 1923.
 LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., t. I, p. 590 ; t. II, p. 177.
 LARNAUDE. — *Cours de Droit public*, 1918-1920.
 MALAPERT. — *Histoire de la législation des travaux publics*.
 MESTRE. — *Cours de Droit administratif*, 1923-1924.
 MICHOD. — *Traité de la personnalité morale*.
 PÉRIER. — *Traité de la compétence des Conseils de préfecture*, 1884, t. I, n^o 315.
 PERRIQUET. — *Traité des travaux publics*, 1883, t. I, n^o 1 et suiv.
 PORÉE et CUÉNOT. — *Traité des travaux publics*, 1901, p. 887.
 ROLLAND. — *Cours de Droit public*, 1923-1924.
 SAUZET. — *Cours de Droit administratif sur les travaux publics*.
 SERRIGNY. — *Questions de Droit administratif*.
 — *Traité de la compétence*.
 TARBÉ DE VAUXCLAIRS. — *Dictionnaire des travaux publics*.
 TEISSIER (J.) et CHAPSAL. — *La responsabilité de la puissance publique*.
 VIVIEN. — *Etudes de Droit administratif*.

II. — NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS

- AUCOC. — Conclusions au Conseil d'Etat, 8 mars 1866, aff. *Lafond*, *Dalloz* pér. 1867. 3. 10.
 BELBEUF (de). — Conclusions du Tribunal des Conflits, 28 mai 1868. *Lebon*, p. 613.
 BOZÉRIAN. — Rapport au Sénat, *Journ. Off.* 16 septembre 1891. Sénat, annexes.

- CORNEILLE. — Conclusions au Conseil d'Etat sous l'arrêt Astruc, p. 186, *Revue du Droit public*, 1916, p. 367.
— Conclusions au Conseil d'Etat sous l'arrêt Commune de Montségur, *Revue du Droit public*, 1921.
FERRON. — Note au Sirey, 1906. 1. 41.
HAURIOU. — Note au Sirey, 1896. 3. 33.
— Note au Sirey, 1897. 3. 49.
— Note au Sirey, 1899. 3. 121.
— Note au Sirey, 1901. 3. 33.
— Note au Sirey, 1906. 3. 65.
— Note au Sirey, 1908. 3. 65.
— Note au Sirey, 1909. 3. 49.
— Note au Sirey, 1916. 3. 49.
— Note au Sirey, 1921. 3.
JÈZE. — *Revue du Droit public*, 1911, p. 307.
— *Revue du Droit public*, 1916, p. 363.
— *Revue du Droit public*, 1921, p.
MATTER. — Conclusions au Tribunal des Conflits au Dalloz, 1921. 3. 1.
MAZERAT. — Conclusions au Conseil d'Etat, *Revue du Droit public*, 1924, p. 560.
MESTRE. — Note au Sirey, 1900. 1. 265.
LABBÉ (Jean). — Discours prononcé le 13 décembre 1923 à la séance d'ouverture de la Conférence du stage des Avocats aux Conseils.

III. — ARTICLES

- DARESTE. — Les travaux publics en France depuis Henri VI jusqu'à 1789.
ROLLAND. — La notion d'utilité publique dans l'expropriation. *Revue du Droit public*, 1912, p. 330.
— Les concessions de travaux publics. *Revue du Droit public*, 1910, p. 116.
ROUX. — Des conditions requises pour qu'un travail constitue un travail public. *Revue générale d'administration*, 1905, t. II, p. 304, et 1906, t. I, p. 142.

IV. — THÈSES (1)

- BALLIMAN. — *Les entreprises privées de travaux public*, 1900 (t. 61).
BELLEMÈRE. — *Des offres de concours en immeubles en vue de l'exécution des travaux publics*, 1902 (t. 126).
BOURGEOIS. — *Des travaux publics communaux en droit français*, 1876 (t. 5).
COT. — *Le droit de riveraineté et la loi du 16 octobre 1919*, Thèse de Grenoble, 1920 (t. 35).
DREYFUS. — *Etude juridique de la concession de travaux publics*, 1896 (t. 32).
DURNERIN. — *La condition juridique des édifices affectés au culte catholique*, 1923.
GAULT. — *Les dommages causés à la propriété par l'exécution des travaux publics*, 1880 (t. 16).
HURISSEL. — *La compétence administrative ou judiciaire en matière de travaux publics*, 1880 (t. 3).
LEGROS. — *Formation et résolution des marchés de travaux publics*, 1912 (t. 41).
MADELAINÉ. — *Les dommages résultant d'un travail public*, thèse de Caen, 1907 (t. 86).
YGOUF. — *Les dommages causés aux biens par l'exécution des travaux publics*, 1886 (t. 2).

(1) Les chiffres portés en parenthèse sont ceux de la disposition de la Bibliothèque de la Faculté de Paris.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

SOMMAIRE

	Pages
I. — <i>Importance en droit administratif de la matière des travaux publics :</i>	
1. Importance générale des travaux publics. — 2. Objet propre du droit administratif. — 3. Historique général du développement des travaux publics. — 4. Possibilité d'exproprier pour l'accomplissement des travaux publics. — 5. Servitude d'extraction ou d'occupation temporaire. — 6. Contrats d'une nature spéciale pour les travaux publics. — 7. Compétences spéciales en matière de travaux publics	I
II. — <i>Le caractère compréhensif de la notion de travail public :</i>	
1. Extension de la compétence du Conseil de préfecture même au cas de dommages causés par le fait de l'administration. — 2. Compétence du Conseil de préfecture à propos des offres de concours. — 3. Compétence globale du Conseil de préfecture au cas où un marché de travail public contient également un marché de fournitures. — 4. Extension exceptionnelle de la compétence des Conseils de préfecture en cas de travail public exécuté partie dans un pays de protectorat et partie dans une colonie	8

	Pages
III. — <i>Qu'est-ce qu'un travail public?</i>	
1. Tous les travaux exécutés pour le compte d'une personne publique ne sont pas des travaux publics. —	
2. Pas de définition légale de la notion de travail public. — 3. Intérêt qui résulte de cette lacune : le critérium va résulter des décisions de tribunaux de divers ordres	14
IV. — <i>Sens du mot « travail public » :</i>	
1. Signifie à la fois « ouvrage public » et « travail accompli pour la construction, l'entretien et l'aménagement d'un ouvrage public »	18
V. — <i>Travail public toujours immobilier :</i>	
1. Cet élément du critérium se dégage des textes eux-mêmes des diverses lois relatives aux travaux publics. — 2. C'est l'un des caractères les plus nets de la différence entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. — 3. Question des marchés relatifs à l'exploitation du travail des détenus dans les prisons. — 4. Question des entreprises des pompes funèbres. — 5. Idée générale ; travaux publics sont accomplis sur un immeuble, a) pour le compte d'une personne publique ; b) en vue d'un certain objet d'utilité générale. . .	19

PREMIÈRE PARTIE

QUELLES SONT LES PERSONNES JURIDIQUES DONT LES TRAVAUX PEUVENT CONSTITUER DES TRAVAUX PUBLICS ?

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

SOMMAIRE

1. Principes généraux qui dominent l'application du droit administratif. — 2. Ils commandent les condi-

tions que doivent remplir les travaux publics. — 3. Les travaux des particuliers ne sont jamais des travaux publics. — 4. Ils le sont quand l'individu peut être considéré comme agissant pour le compte de l'administration. — 5. Les travaux des établissements d'utilité publique ne sont pas des travaux publics	25
--	----

CHAPITRE II

LES TRAVAUX PUBLICS SONT EXÉCUTÉS POUR LE COMPTE DE L'ÉTAT,
D'UN DÉPARTEMENT, D'UNE COMMUNE, D'UNE COLONIE OU D'UN
ÉTABLISSEMENT PUBLIC

SOMMAIRE

I. — *Les travaux publics sont exécutés pour le compte d'une
personne publique :*

1. Pas de difficultés pour les travaux de l'Etat. — 2. Pas de difficultés pour les travaux des départements. — 3. Les variations des jurisprudences des divers ordres au sujet des travaux communaux. — 4. Les travaux des établissements publics. — 5. La question spéciale des travaux des associations syndicales de propriétaires.	35
--	----

II. — *Le procédé d'exécution du travail public n'en affecte pas
la nature :*

1. Travail exécuté en régie. — 2. Travail exécuté par l'entreprise. — 3. Travail exécuté par le procédé de la concession : analyse de la notion de concession de travaux publics	47
--	----

III. — *Les travaux des concessionnaires d'utilité publique ne
sont pas des travaux publics :*

1. Principes généraux qui dominent l'activité de l'Etat et les divers procédés de gestions qu'il choisit. Nature de la concession d'utilité publique. — 2. Les concessionnaires de mines et leurs travaux. — 3. Les concessionnaires prévus par la loi du 16 octobre 1919 pour l'amé-	
---	--

nagement des forces hydrauliques sont aussi des concessionnaires d'utilité publique et non de services publics. Leurs travaux ne sont pas des travaux publics. — 4. Si la jurisprudence ne décidait pas que les associations syndicales de propriétaires forcées ou autorisées sont des établissements publics, il faudrait les considérer comme des concessionnaires d'utilité publique.	55
---	----

CHAPITRE III

DE L'INFLUENCE DU DÉFAUT D'EXISTENCE OU DE L'IRRÉGULARITÉ DES FORMALITÉS EXIGÉES POUR L'ACCOMPLISSEMENT DES TRAVAUX PUBLICS SUR LA NATURE DE CEUX-CI

SOMMAIRE

I. — <i>Position du problème et distinction du travail public lui-même des opérations qui l'accompagnent sans se confondre avec lui :</i>	
1. La doctrine de M. Hauriou. — 2. Elle contient une certaine confusion au sujet des formalités qui accompagnent l'occupation temporaire. — 3. Position précise de la question	64
II. — <i>Etude de la solution qu'il comporte :</i>	
1. Exposé et critique des opinions contenues dans les conclusions de M. de Belbeuf. — 2. Etude de la jurisprudence : a) sa première solution est que l'autorisation est un élément intrinsèque de la nature du travail public; b) elle a adopté aujourd'hui la solution inverse. — 3. Appréciation de cette jurisprudence	68

DEUXIÈME PARTIE

A QUELLES CONDITIONS LES TRAVAUX ACCOMPLIS POUR LE
COMPTE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE SONT-ILS DES TRAVAUX
PUBLICS ?

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERS CRITÉRIUMS PROPOSÉS ET LA SOLUTION ACTUELLE
DE LA JURISPRUDENCE

SOMMAIRE

	Pages
I. — <i>Position et difficulté de la détermination d'un critérium :</i>	
1. Pas de définition légale d'où nécessité de remonter aux principes généraux. — 2. Mais la distinction de l'autorité et de la gestion n'a jamais pu donner un critérium en matière de travaux publics. — 3. Aussi la jurisprudence a-t-elle beaucoup hésité	77
II. — <i>Travail public et expropriation pour cause d'utilité publique :</i>	
1. On ne peut pas trouver là un critérium	81
III. — <i>Travail public et domaine public :</i>	
1. On voit fréquemment qu'il y a interdépendance entre ces deux notions. — 2. Quelques arrêts semblent l'admettre. — 3. Mais il y a des travaux privés qui s'exécutent sur le domaine public. — 4 Et surtout il y a des travaux publics qui sont accomplis sur le domaine privé et même sur les propriétés de particuliers. — 5. Donc pas ici de critérium, mais correspondance très fréquente	83
IV. — <i>Travail public et service public :</i>	
1. C'est le critérium de M. Jèze. — 2. Exposé de la doctrine de cet auteur. — 3. Ses conséquences au point de vue général et au point de vue particulier des travaux publics	89

V. — *Le critérium jurisprudentiel :*

1. La jurisprudence repousse le critérium de M. Jèze. —
2. Si la jurisprudence emploie le mot « service public », ce n'est pas dans le sens que lui donne M. Jèze. —
3. La jurisprudence emploie les expressions : utilité publique, intérêt public, service public. —
4. Mais elle les entend comme synonymes. —
5. Elle rejette comme trop étroite la notion de service public de M. Jèze. —
6. L'opinion de M. Hauriou et quel est, en définitive, le fondement du droit administratif? . . . 93

CHAPITRE II

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE (ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE)

SOMMAIRE

I. — *Qu'est-ce que la notion d'utilité publique :*

1. Le droit administratif s'analyse en un certain nombre de prérogatives exorbitantes du droit commun. —
2. La raison de ces privilèges ne peut être trouvée que dans la considération de l'intérêt général. —
3. Mais dans certains cas, il y a intérêt général, sans que le droit administratif s'applique. Distinction de l'intérêt général et de l'utilité publique 105

II. — *C'est un problème politique et non juridique que de dire les cas où il y a utilité publique :*

1. Le caractère d'intérêt général qui s'attache à la satisfaction d'un besoin général est chose variable. —
2. Exemple de l'évolution qu'a marquée à ce propos le Conseil d'Etat au sujet des entreprises publiques de théâtres. —
3. La même évolution a eu lieu pour l'expropriation pour cause d'utilité publique. 115

CHAPITRE III

DE LA FAÇON DONT SE FAIT L'APPLICATION
DU DROIT ADMINISTRATIF, LORSQU'IL Y A UTILITÉ PUBLIQUE

SOMMAIRE

Pages

I. — *Action d'un particulier dans un but d'utilité publique :*

1. Action privée dans un but d'intérêt général. —
2. Action privée dans un but d'utilité publique : a) le procédé de l'établissement d'utilité publique; b) le procédé de la concession d'utilité publique. — 3. Seul le législateur a le pouvoir d'apprécier le caractère d'utilité publique en cas d'action privée 123

II. — *Action de l'administration dans un but d'utilité publique :*

1. Il y a des besoins collectifs dont la satisfaction doit être assurée par les personnes publiques. — 2. L'action administrative a, en principe, pour but l'utilité publique et n'a qu'exceptionnellement en vue l'intérêt général seul. — 3. Par conséquent, le principe est que son action est soumise au droit administratif, que le législateur l'ait ou non expressément décidé. — 4. L'administration reste soumise à ce propos au double contrôle du tribunal des conflits et du Conseil d'Etat pour détournement de pouvoir. 130

III. — *La jurisprudence administrative au point de vue de la séparation des compétences est inspirée, d'une façon générale, de ces principes* 136IV. — *Définition du droit administratif sur la base des principes dégagés.* 145V. — *Application de ces principes à quelques théories spéciales :*

1. En matière de domaine public. — 2. En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. — 3. En matière de travaux publics 146

NOËL.

44

LU ET APPROUVÉ :
Le Président,
F. LARNAUDE.
Le 10 avril 1924.

Vu : *Le doyen,*
H. BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris.
Pour le Recteur,
L'Inspecteur de l'Académie,
S. MAURELLET.

